

July 2015

Role of Arbitration in Treating the Economic Imbalance of Investment Contracts (Part Two)

Alaa El Tamimy Abdo

Lecturer of Commercial Law Faculty of Law, Mansoura University Egypt, alaa_eltamemey@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Dispute Resolution and Arbitration Commons](#)

Recommended Citation

Abdo, Alaa El Tamimy (2015) "Role of Arbitration in Treating the Economic Imbalance of Investment Contracts (Part Two)," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2015 : No. 63 , Article 9.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2015/iss63/9

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Role of Arbitration in Treating the Economic Imbalance of Investment Contracts (Part Two)

Cover Page Footnote

Dr. Alaa El Tamimy Abdo Lecturer of Commercial Law Faculty of Law, Mansoura University Egypt
alaa_eltamemey@yahoo.com

دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار*

د. علاء التميمي عبده*

ملخص البحث: الجزء الثاني

حرص القسم الثاني من هذه الدراسة على استكمال الجانب التطبيقي لدور التحكيم في مواجهة حالات اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، خاصة حالات القوة القاهرة والظروف الطارئة التي من شأنها إعاقة العقد عن تحقيق مصالح أطرافه، وذلك من خلال إظهار مدى اختصاص هيئة التحكيم في التعرض لهذه الحالات، وطبيعة سلطاتها في تعديل عقد الاستثمار في حالة حدوثها.

وعلى صعيد متصل، حرصت هذه الدراسة على تسليط الضوء على القضايا التي عرضت على هيئات التحكيم الدولية، والآلية التي اتبعتها في التعامل مع شروط إعادة التفاوض، وكيفية التوفيق بين المصالح المتعارضة لأطراف العقد لاستعادة توازنه.

من ناحية أخرى، أثبتت هذه الدراسة أن تختم بحثها لهذا الموضوع إلا بالتعرض لخصوصية أحكام التعويض المستحق على إثر اختلال توازن عقد الاستثمار، خاصة أن الأمر لا يتعلق بصدور خطأ من أحد أطراف العقد، على نحو يلتزم معه بجبر الضرر الذي لحق الطرف الآخر، وإنما يتعلق الأمر بكيفية تمكين الطرف المضروب من استعادة استفادته من مزايا العقد بعد أن تسبب اختلال توازنه في الإضرار به.

الفصل الثاني

التحكيم وكيفية استعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار

٥٠ - يمثل التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار بالمقارنة بالعقود التجارية الأخرى أهمية خاصة، يبررها استغراق تنفيذ عقد الاستثمار مدداً زمنية طويلة، الأمر الذي

أجيز للنشر بتاريخ ٢٠١٣/٢/١٧.

* مدرس القانون التجاري بكلية الحقوق - جامعة المنصورة - جمهورية مصر العربية.

يتوقع معه حدوث اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، على إثر حدوث تغيرات اقتصادية أو سياسية غير متوقعة. يضاف لذلك أن هذا العقد تبرز فيه أهمية استثمارية المنفعة المتبادلة بين أطرافه، فالدولة تتنازل عن إدارة واستغلال أحد مواردها الاقتصادية نظير الانتفاع بخبرات المستثمر الفنية والتكنولوجية. كما أن المستثمر يتكبد عناء نقل رؤوس الأموال الضخمة والتكنولوجيا المتطورة للدولة المضيفة للاستثمار نظير الانتفاع بالأرباح التي سوف يجنيها مشروعه الاستثماري. لذلك تبدو أهمية الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار طيلة مدة تنفيذه.

وهنا تبدو أهمية بحث خصوصية دور التحكيم في رأب الصدع الذي قد يلحق عقد الاستثمار نتيجة حدوث اختلال في توازنه الاقتصادي، وذلك كما لو استحالت تنفيذ العقد لحدوث قوة القاهرة تحول دون إمكانية قيام أحد أطرافه بالتزامات المكلف بها (المبحث الأول)، أو حدوث خلل في مراكز الأطراف المتعاقدة، وذلك على النحو الذي يتسبب في وجود صعوبة في تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم (المبحث الثاني)، أو أن تخالف الدولة التزاماتها بالثبات التشريعي أو عدم المساس (المبحث الثالث)، وذلك على التفصيل التالي:

المبحث الأول

التحكيم ومواجهة حالة القوة القاهرة في عقد الاستثمار

٥١- تعرف القوة القاهرة بصورة عامة بأنها عبارة عن حدث خارج عن إرادة الشخص المتمسك به، غير متوقع وقت إبرام العقد، ويؤدي إلى استحالة تنفيذه^(١). وتتميز حالة القوة القاهرة بكونها حادثاً خارجياً، وغير متوقع، ويستحيل دفعه، ويتسبب في استحالة تنفيذ الالتزام بصورة مطلقة أو لمدة زمنية معينة. وعلى الرغم من حرص المتعاقدين بصورة عامة على إدراج شرط القوة القاهرة في كافة العقود، فإن هذا الحرص مبعثه الرغبة في الاستفادة من أثر ذلك في إعفاء الطرف

(١) راجع: Wolfgang Peter, Arbitration and renegotiation of international investment agreements, op. cit, p 235; Horacio A. Grigera naon, choice -of- law problems in international commercial arbitration, Tubingen; Mohr, 1992, p 79.

الذي حالت القوة القاهرة دون تنفيذ التزامه من المسؤولية، وإلغاء العقد على إثر ذلك. لكن لمثل هذا الاتفاق في عقد الاستثمار غرض آخر، يتجلى في أن أطرافه في الغالب لا يرغبون إلغاء العقد على إثر حدوث القوة القاهرة، بل يفضلون أن يعيدوا النظر في العقد كي يصبح أكثر تلاؤماً مع المستجدات الطارئة. بمعنى آخر تتطلب الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار ألا تتسبب القوة القاهرة في ظهور أطراف العقد بمظهر الندية، ولكن بمظهر التوافق والتعاون لتخطي هذه العقبة، ومواصلة تنفيذ عقد الاستثمار، ومن ثم استمرار الانتفاع المتبادل.

٥٢- ويقتضي الأمر التعرض لكيفية الاتفاق على معالجة آثار القوة القاهرة في عقد الاستثمار، والتعرف على الضوابط التي يجب أن تراعيها هيئة التحكيم عند التعامل مع هذه الحالة، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

توسيع سلطة هيئة التحكيم في التعامل مع آثار القوة القاهرة

٥٣- بالنظر إلى أن المحدد الأول لسلطة هيئة التحكيم في التعامل مع آثار القوة القاهرة هو اتفاق التحكيم، فإن قدرة هذه الهيئة على التعامل مع هذه الحالة مرهون بما منحه الأطراف لها من سلطة في مواجهة آثار القوة القاهرة على عقد الاستثمار.

وبالنظر إلى أن عقد الاستثمار من العقود طويلة المدة، فإنه من المتوقع بشدة أن تطرأ حوادث فجائية تخل من التوازن الاقتصادي لهذا العقد، الأمر الذي يدفع المتعاقدين في الغالب إلى تحديد المقصود بالقوة القاهرة بخصوص العقد الحاكم للعلاقة فيما بينهم، أو بذكر أمثلة لحالات القوة القاهرة^(٢)، أو حتى بالإحالة لقانون معين يتبنى تعريفاً محدداً كقانون واجب تطبيق على العقد.

ويعبر أطراف عقد الاستثمار عن حالة القوة القاهرة بمصطلحات خاصة،

(٢) راجع: Melis, Werner, Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration, 1 J.Int'l Arb. 1984, p 213.

كمصطلح المخاطر الخاصة "special risks"، أو مصطلح المخاطر الاستثنائية "excepted risks"، وهي مصطلحات لا تستخدم في العادة في العقود الأخرى^(٣).

لكن يصعب من الناحية العملية على أطراف العقد أن يستشرفوا آفاق المستقبل ويحصروا كافة الوقائع التي يمكن أن تشكل قوة القاهرة، خاصة أن حوادثها لا تحظى بهذا الوصف إلا إذا كانت غير متوقعة وقت إبرام العقد.

وقد دعا هذا الأمر إلى إثارة التساؤل، هل تختص هيئة التحكيم بصورة مطلقة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقوة القاهرة، أو أن هناك أحوالاً خاصة كي ينعقد لها الاختصاص؟ وحتى في الحالات التي ينعقد لهيئة التحكيم الاختصاص بنظر هذه المنازعات، فما مدى سلطتها في تحديد حالة القوة القاهرة وآثارها على عقد الاستثمار؟

٥٤ - تقتضى الإجابة عن هذه التساؤلات التفرقة بين حالة الاتفاق الخاص بين الدولة والمستثمر على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات الناشئة عن القوة القاهرة، وبين حالة الاتفاق على إسناد الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار بصورة عامة للتحكيم، وذلك على التفصيل التالي:

١ - الاتفاق الخاص باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات الناشئة عن القوة القاهرة:

٥٥ - قد يفتن أطراف عقد الاستثمار عند إبرامه إلى ضرورة الاتفاق الخاص على إسناد الاختصاص لهيئة التحكيم بنظر منازعات القوة القاهرة التي يمكن أن تثور أثناء تنفيذ العقد، خاصة إذا كانت المدة التي سوف يستغرقها تنفيذه مدة طويلة، ويغلب أن تقع حوادث فجائية خلالها. ويمكن أن يظهر هذا الاتفاق في إحدى صورتين:

الصورة الأولى: قصر دور هيئة التحكيم على إعلان فسخ العقد بسبب القوة القاهرة:

٥٦ - يظهر اتفاق أطراف عقد الاستثمار في هذه الصورة على اقتصار دور هيئة التحكيم

(٣) راجع: Ibid, p 213.

في حالة تحقق حالة القوة القاهرة على مجرد إعلان فسخ العقد لاستحالة التنفيذ. ومثال ذلك أن تتفق الدولة والمستثمر على أنه في حالة حدوث قوة القاهرة تحول دون إمكانية تنفيذه، أو تتسبب في تأخير تنفيذ العقد لمدة معينة، فإن للطرفين التشاور حول الإجراءات الواجب اتخاذها لتوفيق الأوضاع، بحيث إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق، فإن لأي من الطرفين المطالبة بفسخ العقد عن طريق التحكيم^(٤).

وهذه الصورة من صور اتفاق التحكيم تعكس قصر أطراف النزاع دور هيئة التحكيم في حالة تحقق القوة القاهرة على مجرد تنفيذ الحل المتفق عليه مسبقاً، والذي يتفق مع حكم القواعد العامة، والمتمثل في فسخ عقد الاستثمار.

٥٧- ويثير هذا الأمر تساؤلاً حول مدى جواز قيام هيئة التحكيم بتبني حكم آخر غير فسخ العقد وخلافاً لما اتفق عليه الأطراف؟

نتفق مع جانب من الفقه^(٥) يرى أن سلطة هيئة التحكيم تقف في هذه الحالة عند حدود ما تم الاتفاق عليه صراحة في العقد، بحيث لا تملك أن تتبنى حلاً آخر غير المتفق عليه، وهي إذا ما فعلت غير ذلك فإنها تكون قد تجاوزت حدود سلطتها. فلاجوء أطراف عقد الاستثمار إلى إسناد الاختصاص لهيئة التحكيم لا يفسر على منحها سلطة أوسع مما تم الاتفاق عليه صراحة في العقد، بل يفسر برغبة الأطراف في فسخ العقد عن طريق التحكيم، لكونه سييسر فك الاشتباك بينهم بوسيلة سهلة وسريعة. بمعنى آخر يجب ألا يفسر الاتفاق على اللجوء للتحكيم في مثل هذه الحالة على منح هيئة التحكيم سلطة أوسع للتعامل مع حالة القوة القاهرة.

لكن يجب ملاحظة أنه يمكن لأطراف عقد الاستثمار أن يتفقوا بعد حدوث حالة القوة القاهرة على منح هيئة التحكيم السلطة في اتخاذ ما تراه مناسباً، وفي هذه الحالة

(٤) a Force Majeure Clause, which lays down the conditions for release from liability when performance of a contractual obligation has become impossible" See: ICC Document No. 460-21/1, of October 26, 1983.

(٥) د. غسان على، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددتها، مرجع سابق، ص ١٨٢.

تملك هيئة التحكيم أن لا تقضي بفسخ العقد، وتبقي عليه. ويعد الاتفاق اللاحق لأطراف العقد تعديلاً لما جاء في عقد الاستثمار من قصر سلطة التحكيم على مجرد الحكم بفسخ العقد.

ويبدو لنا ضرورة لفت الانتباه إلى محاولة الابتعاد عن مثل هذه الصورة من صور الاتفاق في عقود الاستثمار، حيث إنها تقيد من سلطة هيئة التحكيم في التعامل مع آثار القوة القاهرة، وهو مما يفقد التحكيم جدواه كوسيلة يمكن من خلالها تخطي آثار القوة القاهرة والتغلب عليها من أجل استكمال تنفيذ العقد، حيث إن التحكيم بكونه وسيلة اتفاقية لحل المنازعات تكون مقيدة بالحدود المرسومة لها من قبل أطراف الاتفاق.

والجدير بالذكر، أن هذه الصورة قليلة من الناحية العملية، حيث يندر أن يلجأ أطراف عقد الاستثمار إلى إنهائه على إثر تحقق حالة القوة القاهرة.

الصورة الثانية الاتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة اتخاذ ما تراه مناسباً لظروف حالة القوة القاهرة:

٥٨- وفي هذه الصورة تتفق الدولة والمستثمر منذ البداية على منح هيئة التحكيم السلطة في اتخاذ ما تراه مناسباً لظروف الواقعة، حيث يعد هذا بمثابة تفويض لهذه الهيئة بتقرير ما تجده محققاً لمصلحة الأطراف في ضوء طبيعة حالة القوة القاهرة ومدى تأثيرها على عقد الاستثمار^(٦). ومثال على ذلك اتفاق الأطراف على أنه "في حالة وقوع حالة من حالات القوة القاهرة فإن الأمر يحال لهيئة التحكيم لاتخاذ ما تراه مناسباً".

وتجب ملاحظة أن هيئة التحكيم في هذه الحالة لا تكون مقيدة بموقف معين، بل لها أن تقضي بما تراه محققاً للمصلحة المشتركة لأطراف العقد، سواء كانت هذه المصلحة تقتضي استمرار العقد مع إجراء بعض التعديلات على التزامات أطرافه بما يعيد للعقد توازنه، أم كانت تقتضي إنهاء العلاقة العقدية.

(٦) راجع: Van Houtte – Hans, Changed circumstances and pacta sunt, ICC publ. Nr.480,4, 1993, p 111, available at: www.trans-lex.org/117300.

وغالبًا ما تعكس هذه الصورة من صور الاتفاق رغبة أطراف عقد الاستثمار في عدم إنهاء العقد لمجرد تحقق حالة القوة القاهرة، بل السعي للتفاوض بغية التوصل إلى حل توافقي من شأنه أن يعيد لعقد الاستثمار توازنه المفقود على إثر الظروف الاستثنائية^(٧)، ومن ثم استكمال مسيرته المتفق عليها.

٢- الاتفاق العام باختصاص هيئة التحكيم بكافة المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار:

٥٩- يظهر اتفاق الدولة والمستثمر الأجنبي في هذه الحالة في صورة اتفاق عام يقضي باللجوء للتحكيم بخصوص أية منازعة تتعلق بتنفيذ العقد، حيث تختص هيئة التحكيم في هذه الحالة بالفصل في كافة المنازعات الناشئة عن العقد، بما فيها تلك المتعلقة بالقوة القاهرة.

وتجب ملاحظة أن وجود مثل هذا الاتفاق في العقد يلزم الأطراف باللجوء للتحكيم لتقرير مصير العقد في ضوء حالة القوة القاهرة، بمعنى أن الأطراف لا يملكون الاختيار بين اللجوء للتحكيم أو الانفراد بتقرير فسخ العقد، بل يجب عليهم اللجوء للتحكيم. كما أن سلطة التحكيم لها أن تقرر ما تراه ملائمًا للمصلحة المشتركة لأطراف العقد دون التقيّد بموقف معين، مادامت الأطراف لم تقيّد سلطة هيئة التحكيم في ذلك.

وقد أكد على هذا التفسير غرفة التجارة الدولية بباريس في حكمها الصادر في القضية رقم (٢٤٧٨) لسنة ١٩٧٤، حيث قررت بأنه في حالة وجود اتفاق عام في عقد الاستثمار يقضي باللجوء للتحكيم، فإنه ليس من حق الأطراف فسخ العقد تلقائيًا في حالة فشل المفاوضات، ولكن يجب على المدعى عليها أن تلجأ إلى التحكيم إذا ارتأت

(7) "a Hardship Clause, which is intended to cover cases where unforeseen events so fundamentally alter the equilibrium of a contract that an excessive burden is placed on one of the parties".
See: ICC Document No. 460-21/1, of October 26, 1983.

أن رفض الطرف الآخر للثمن الجديد الذي اقترحته لم يكن مبرراً^(٨). وفي كافة الأحوال يجب أن يساعد أطراف عقد الاستثمار هيئة التحكيم على معالجة اختلال توازن عقد الاستثمار على إثر وقوع قوة قاهرة، وذلك من خلال تبني بعض الحلول التي يرونها مناسبة لهما.

وقد ظهر تطبيق لذلك جاء في نص المادة (٢٤) من الاتفاقية المبرمة بين دولة الكويت وشركة Trades Limited البريطانية عام ١٩٣٣، والتي نصت على "أي تقصير من قبل الشركة في القيام بتنفيذ أي من الاشتراطات والتعهدات الواردة في العقد المبرم بينهما بسبب يعود لحدوث قوة قاهرة، فإن دولة الكويت لا يكون لها الحق في مطالبة الشركة بأية اشتراطات أو تعهدات نص عليها العقد. وإذا ما ترتب على حدوث القوة القاهرة تأخير في تنفيذ أحد شروط العقد، فإن مدة التأخير بالإضافة لأي مدة تكون لازمة لإصلاح الضرر الذي يكون قد وقع أثناء التأخير تضاف إلى المدد المحددة في هذا العقد"^(٩).

والملاحظ على النص السابق أنه ساعد على تحديد أمرين: الأول، وهو أنه أعفي الملتزم من تنفيذ التزامه الناشئ عن عقد الاستثمار إذا ما كان السبب في ذلك يعود للقوة القاهرة. والأمر الثاني أنه قدم الحل لهيئة التحكيم عند معالجة اختلال توازن العقد على إثر حدوث القوة القاهرة، ليس بإنهاء العقد لاستحالة التنفيذ، ولكنه أعطي هيئة التحكيم الحق في أن تمنح الملتزم مدة زمنية إضافية ليتمكن من تنفيذ التزامه الذي

I.C.C. award No. 2478 (1974) J.D.I, 1975.

(٨) راجع:

(9) "Failure on the part of the company to fulfill any of the conditions of this agreement shall not give the Shaikh any claim against the company or by deemed a breach of this agreement in so far as such failure arises from force majeure. If the result of a force majeure delay in the implementation of a terms of the contract due to force majeure, the duration of the delay as well as for any length may be necessary to repair the damage may have occurred during the delay added to the periods specified in this contract".

Archibald H. T. Chisholm, The First Kuwait Oil Concession Agreement: A Record of the Negotiations, 1911-1934, Routledge; First edition (October 30, 1975), p205. □

حالت القوة القاهرة دون تنفيذه.

وفي حالة أكثر قوة في التعامل مع القوة القاهرة للحفاظ على توازن عقد الاستثمار، فقد جاء في المادة (٩ / ١) من عقد الاستثمار المبرم بين الحكومة اليونانية وشركتي بيجو وريينو الفرنسية بتاريخ ٢٧ يوليو ١٩٧١، أنه إذا ما استشعر أطراف العقد أن ما تسببت فيه حالة القوة القاهرة يمكن أن يستمر فترة طويلة من الزمن، أو أن الأضرار الناجمة عن هذه الحالة يحتاج إصلاحها إلى تكلفة باهظة، فإن على الأطراف أن يجتمعوا من أجل الاتفاق على التدابير الواجبة الاتباع لمواجهة هذه الحالة^(١٠).

ولعل هذا النص جاء يجسد خصوصية التعامل مع حالات القوة القاهرة في عقد الاستثمار، حيث إنه حتى ولو تفاقمت الآثار المترتبة الناجمة عن القوة القاهرة، واستمرت لمدة زمنية طويلة، فإن على الأطراف ألا يستسلموا لهذا، وأن يجتمعوا سوياً من أجل إعادة التفاوض على شروط العقد بما يجعله قادراً على مواجهة القوة القاهرة واستعادة عقد الاستثمار توازنه المفقود. وهنا تبدو خصوصية التحكيم في التعامل مع مثل هذه الوقائع، حيث يتيح الفرصة الواسعة للأطراف من الاجتماع والتفاوض للوصول إلى أكثر الحلول ملاءمة، كما أن هيئة التحكيم والمشكلة من عناصر فنية، يكون لها القدرة على تقديم يد العون للأطراف بما يتناسب مع طبيعة حالة القوة القاهرة من ناحية، وطبيعة عقد الاستثمار من ناحية أخرى، فالمنازعة قد تتعلق بالتنفيذ غير المطابق للمواصفات المتفق عليها بسبب ما ترتب على القوة القاهرة من آثار حالت دون التنفيذ المطلوب، أيضاً قد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الضرر المترتب، وكيفية التفاوض لمواجهة، الأمر الذي يظهر خصوصية دور التحكيم في مواجهة اختلال توازن عقد الاستثمار.

وعلى الرغم من ذلك يلاحظ جانب من الفقه^(١١) وجود صعوبة في المهمة الملقاة على عاتق هيئة التحكيم في مواجهة حالات القوة القاهرة، وذلك حتى ولو كانت الهيئة

(١٠) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، هامش ص ٢١١.

(١١) المرجع السابق، ص ٢١٢.

مشكلة من خبراء فنيين على دراية بموضوع النزاع، ويتمثل وجه الصعوبة في أن مرور الوقت بين وقوع أحداث القوة القاهرة وإحالة النزاع للتحكيم قد يجعل من المتعذر معه الوصول إلى نتائج حقيقية وواقعية لحجم وطبيعة الضرر، ومن ثم وجود صعوبة في التعامل معه في ضوء واقع النزاع.

ويبدو لنا أن الاتجاه السابق قد بالغ في تقدير صعوبة مواجهة القوة القاهرة في الفرض السابق، حيث إن هذه الصعوبة لا تتجلى إلا في حالات تقدير التعويض عن الضرر^(١٢)، وليس في غيرها من حالات التوافق والتفاوض بين أطراف العقد لاستكمال تنفيذ عقد الاستثمار، ومن ثم يجب ألا تقلل من أهمية دور هيئة التحكيم في معالجة آثار القوة القاهرة في الفرض السابق، خاصة أنها تعتمد على أطراف النزاع في إثبات حالة القوة القاهرة، وإثبات آثارها^(١٣)، بالإضافة إلى أن ما يسمح به تشكيل هيئة التحكيم من عناصر فنية متخصصة في طبيعة المنازعات المثارة يمكنها من الوقوف على طبيعة القوة القاهرة^(١٤).

ومثل هذه الصور تعكس بجلاء أهمية التوسعة من سلطة هيئة التحكيم عند الاتفاق على الأسلوب الذي سيتم من خلاله التعامل مع آثار القوة القاهرة، وعدم قصر دورها على مجرد إعلان فسخ العقد، حيث يصعب من الناحية العملية إنهاء عقد الاستثمار الذي ينظم معاملة تجارية ضخمة، سواء من حيث طبيعة العلاقات الناشئة عنه، أم من حيث حجم رأس المال المستثمر فيه لمجرد تحقق حالة من حالات القوة القاهرة، حيث سيؤدي مثل هذا الأمر حتماً إلى إلحاق الخسارة المشتركة لأطرافه. يأتي

(١٢) راجع: ICSID Case No ARB-87-3, (1990) Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka, Foreign Investment Law Journal (1991, no. 2) pp. 526-573. د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨٢٤.

(١٣) راجع: ICC case No. 3344, of (1981), ICC Arbitral Awards 1981, p 978; ICC Case No. 6309 (1991), ICC Arbitral Awards (1991-1995), p. 401.

(١٤) راجع: Paul E Mason and Mauricio Gomm-Santos, New Keys to Arbitration in Latin-America, op. Cit, p 32.

هذا في ظل كثرة وتنوع حوادث القوة القاهرة، على إثر ما يشهده العالم من متغيرات اقتصادية وسياسية، يصعب التنبؤ بها، أو تلافي آثارها، ومن ثم من غير المقبول إنهاء مثل هذه العقود على إثر هذه المتغيرات.

المطلب الثاني

ضوابط تعامل هيئة التحكيم مع حالات القوة القاهرة لعقد الاستثمار

٦٠- تنفرد حالة القوة القاهرة التي تلحق عقد الاستثمار بميزات خاصة، تحتاج على إثرها إلى مراعاة هيئة التحكيم لمجموعة من الضوابط المهمة لمواجهة هذه الحالة، كي تتمكن من عبور هذه الأزمة، ومن ثم استعادة عقد الاستثمار توازنه ومواصلة تنفيذ أطرافه لالتزاماتهم. ويقتضي الأمر بحث هذه الضوابط على التفصيل التالي:

١- غلبة الطابع الفني على حالات القوة القاهرة في عقود الاستثمار:

٦١- من أهم ما تتسم به المنازعات المتعلقة بالقوة القاهرة غلبة الطابع الفني عليها^(١٥)، حيث تتعلق في الغالب بالتنفيذ غير المطابق للمواصفات المتفق عليها لأسباب قهرية حالت دون تنفيذ المدين لالتزامه وفقاً للمواصفات الفنية المطلوبة، يستوي أن يكون عدم التطابق مرجعه التنفيذ الناقص أو المغيب. وقد تتعلق المنازعة بتعيين الضرر، وتحديد أسبابه المباشرة وغير المباشرة، ومدى ارتباط حدوث القوة القاهرة بوقوع هذا الضرر. كما يمكن أن تظهر المنازعة في صورة تقدير مبلغ التعويض المستحق في ضوء حجم الخسائر التي وقعت نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، الأمر الذي يتطلب توافر خبرة فنية تملك بصراً وبصيرة، يمكن من خلالها استعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، وتقدير التعويضات المستحقة في ضوء الخسائر الواقعة^(١٦).

والأمر على هذا النحو يحتاج إلى ضرورة مراعاة العوامل السابقة، وذلك من خلال الحرص على إدخال عناصر فنية متخصصة في تشكيل هيئة التحكيم التي سوف تنظر

(١٥) راجع: Ingeborg Schwenzer, force majeure and hardship in international sales contracts, Vuwlr 2008, p 709. (39),

(١٦) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ١٦٤.

النزاع الخاص بالقوة القاهرة، وذلك ممن لديهم خبرة بالتفاصيل الفنية الدقيقة لموضوع النزاع، ومن ثم القدرة على التعرف على جوهره، وليس فقط مجرد الإدراك الظاهري له، الأمر الذي سينعكس على حسن تسويته^(١٧).

على صعيد متصل، يجب على هيئة التحكيم أن تراعي طول المدة التي تفصل بين وقوع أسباب القوة القاهرة والفصل في هذه الأسباب وتقديرها، نظراً للدخول في مفاوضات ومناقشات طويلة فيما بين الأطراف، من أجل الاستقرار على الطرق والكيفية التي يتم من خلالها تسوية المنازعة، الأمر الذي قد يصعب معه الوقوف على تحليل دقيق للأسباب التي تقف وراء حدوث هذه الحالة. لذلك يجب على هيئة التحكيم أن تراعي خصوصية القوة القاهرة في هذا الشأن، وأن تراعي خصوصية آثارها، من خلال الاعتماد على الأدلة الفنية الواقعية للوقوف على السبب الحقيقي وراء استحالة تنفيذ المدين لالتزامه، وإلى أي مدى تعد القوة القاهرة هي السبب الحقيقي وراء استحالة التنفيذ، وتقدير حجم الضرر المترتب على ذلك، والأخذ في الحسبان الفترة الزمنية الفاصلة بين وقوع حادث القوة القاهرة ووقت تقدير آثارها^(١٨).

من ناحية أخرى، يجب على هيئة التحكيم مراعاة الطبيعة الخاصة لآثار القوة القاهرة في عقد الاستثمار، والتي يسهم في وقوعها العديد من العوامل والمؤثرات، سواء على الصعيد الدولي أم الصعيد الداخلي^(١٩)، وذلك على النحو الذي يجب أخذه في الاعتبار عند تقدير فكرة التوقع وفكرة الاستحالة في التنفيذ وفكرة القدرة على الدفع. فعقد الاستثمار، والذي غالباً ما يجمع بين الدولة والمستثمر الأجنبي في علاقة قانونية واحدة يصعب معه الاعتماد على الوسائل التقليدية لتقدير حالة القوة القاهرة في سائر

(١٧) راجع: Paul E Mason and Mauricio Gomm-Santos, New Keys to Arbitration in Latin America, op.cit, p32.

(١٨) عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بحث منشور بمجلة نقابة المحامين الأردنية العددان التاسع والعاشر، ٢٠٠٢، ص ٦.

(١٩) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٤٨؛ LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op .cit, p 945.

العقود الأخرى التي تنظم علاقات قانونية بسيطة وفي مدى زمني قصير.

يضاف لكل ما سبق، أن أطراف عقد الاستثمار قد يغفلون عن إدراج شرط خاص ينظم القوة القاهرة في عقدهم، الأمر الذي تتجلى معه أهمية دور هيئة التحكيم في تحديد مدلولها، والآثار المترتبة عليه ونتائجه بما يتلاءم مع خصوصيات عقد الاستثمار.

٢- دور التحكيم في مواجهة الأعمال السيادية للدولة على الاستثمار:

٦٢- يقصد بالأعمال السيادية للدولة في مواجهة الاستثمار، تلك التدابير الانفرادية التي تلجأ إليها الدولة بهدف تأمين المشروع الاستثماري أو نزع ملكيته^(٢٠) أو مصادرته (تنفيذاً لحكم قضائي) رغمًا عن إرادة ورغبة المستثمر.

وتعد هذه الأعمال من أخطر ما يواجهه المستثمر من إجراءات، لخطورة الآثار المترتبة على هذه الإجراءات في مواجهة مشروعه الاستثماري، وذلك على النحو الذي يجعل المستثمرين في حالة خوف شديد ومستمر من قيام الدولة بمثل هذه الأعمال.

وعلى الرغم من أن التأمين والمصادرة هما من الإجراءات السيادية التي لا يمكن إنكار حق الدولة في اللجوء إليهما، إلا أن الدول تسعى قدر الإمكان إلى التخفيف من اللجوء لأي منهما أو الحد من آثارهما حماية لرعاياه من المستثمرين، وقد ظهر أثر ذلك في المادة ٣/ ٦ من الاتفاقية الموقعة بين الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت للتشجيع

(٢٠) عرفت محكمة النقض المصرية نزع الملكية للمنفعة العامة بأنه عبارة عن حرمان مالك العقار من ملكيته جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل تعويض عما ناله من أضرار بسبب هذا الحرمان، أو حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة مقابل ثمنه الذي يشمل أحياناً شيئاً آخر زيادة على قيمة العقار". راجع: نقض مدني، طعن رقم: ٣٨، لسنة (٣) قضائية، جلسة ٢٣/ ١١/ ١٩٣٣، مجموعة القواعد القانونية التي قررت محكمة النقض في المواد المدنية عن المدة من ١٢ نوفمبر ١٩٣١ حتى ٢٩ أكتوبر ١٩٣٦، الجزء الأول، ص ٢٦٢. - وقد تبنت اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين دولة الإمارات العربية المتحدة ودولة الأردن لتعريف أكثر اتساعاً لنزع الملكية، حيث جاء في المادة ٥/ ٦ من هذه الاتفاقية "تشمل عبارة نزع الملكية أيضاً على تدخلات أو إجراءات نظامية من قبل دولة متعاقدة، مثل تجريد أو تقييد الاستثمار، أو فرض ضريبة تعسفية أو مبالغ فيها على الاستثمار، أو البيع الجبري لجميع أو جزء من الاستثمار، أو إجراءات مماثلة أخرى لها نفس أثر مصادرة الأملاك أو نزع الملكية، والتي ينتج عنها حرمان المستثمر في الواقع من ملكيته أو هيمنته على مصالحه الجوهرية في استثماره، أو التي قد ينتج عنها خسارة أو بالقيمة الاقتصادية للاستثمار". - ويختلف التأمين عن نزع الملكية بالمعنى السابق، حيث يقصد بالتأمين؛ نقل ملكية المشروع الاستثماري للملكية الدولة، أو تحويل الملكية الخاصة للملكية العامة وذلك مقابل تعويض عادل. د. حمدى محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨١٠.

والحماية المتبادلة للاستثمارات بتاريخ ٢١ كانون الثاني، حيث جاء فيها " يجب عدم إخضاع الاستثمارات التي يقوم بها مستثمرون تابعون لأي من الدولتين المتعاقدين في الدولة المتعاقدة المضيفة للحراسة أو المصادرة أو أي إجراءات مماثلة إلا وفقاً للإجراءات القانونية وبما يتفق مع مبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق ، والأحكام الأخرى المعنية في هذه الاتفاقية".

كما نصت الاتفاقية ذاتها في المادة (١ / ٦) على الاستثمارات التي يقوم بها مستثمرون تابعون لأي من الدولتين المتعاقدين في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى لن يتم تأمينها أو نزع ملكيتها أو سلب حيازتها أو إخضاعها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، لإجراءات ذات أثر يعادل التأميم أو نزع الملكية أو سلب الحيازة من قبل الدولة المتعاقدة الأخرى إلا لغرض عام يتعلق بمصلحة وطنية لتلك الدولة المتعاقدة وفي مقابل تعويض فوري وكاف وفعال شريطة أن تكون تلك الإجراءات قد اتخذت على أساس عدم التمييز ووفقاً لإجراءات قانونية معمول بها بصفة عامة.

وفي المقابل لا يكاد يخلو دستور من نص يعطي للدولة الحق في تأمين المشروعات الاستثمارية المتواجدة على إقليمها، باعتبار أن هذا الأمر يمثل حقاً من الحقوق السيادية للدولة^(٢١).

وتحرص التشريعات العادية على طمأننة المستثمر ضد هذه الإجراءات، حيث ينص قانون تشجيع الاستثمار السوداني المعدل عام ٢٠٠٣ في المادة (١ / ١٧) على أنه " يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية: أ- عدم تأميم أو مصادرة مشروعه أو نزع ملكية عقارات مشروعه كلها أو بعضها أو استثماراته للمنفعة العامة إلا بقانون وبمقابل تعويض عادل. ب - عدم جواز الحجز على أموال مشروعه أو مصادرتها أو تجميدها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها إلا بأمر قضائي". أيضاً أكدت اتفاقية استثمار

(٢١) راجع: المادة ٣٤ من الدستور المصري ١٩٧١، والمادة ٢١ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة ٢٧ من دستور دولة قطر، والمادة ١٨ من دستور دولة الكويت، ٢ / ٤٣ من دستور دولة السودان، والمادة ١ / ١٥ من الدستور السوري، والمادة ١١ من دستور دولة الأردن، والمادة ١١ من دستور سلطنة عمان.

رؤوس الأموال العربية ذات الحماية في المادة ٩ / ١ على أنه " لا يخضع رأس المال العربي بموجب أحكام هذه الاتفاقية لأية تدابير خاصة أو عامة، دائمة أو مؤقتة تلحق أيًا من أصوله أو احتياطاته أو عوائده كليًا أو جزئيًا وتؤدي للمصادرة أو الاستيلاء الجبري أو نزع الملكية أو التأميم أو التصفية أو الحل

وتتمتع الإجراءات السيادية التي تمارسها الدولة حيال المشروعات الاستثمارية بخصوصية معينة، هذه الخصوصية تتمثل في أن الدولة عندما تمارس هذه الأعمال فهي لا تقصد بذلك معاقبة المستثمر، كما أن هذا العمل من ناحية أخرى لا يقصد به معاقبة المستثمر، وإنما فقط ممارسة عمل من أعمال السيادة على أحد مواردها الطبيعية بغرض تحقيق النفع العام.

والأمر على النحو السابق يدعو للتساؤل عن دور التحكيم في معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار على إثر صدور قرار بالتأميم أو نزع الملكية من قبل الدولة المضيفة للاستثمار؟

أعربت غالبية الحكومات عن رفضها التام لاختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات المتعلقة بالأعمال السيادية للدولة الخاصة بمنازعات الاستثمار، مادامت الدولة تسعى من وراء ذلك إلى بسط سيادتها على مواردها الطبيعية.

فقد رأت الحكومة اللبنانية أن المنازعات التي تشور بخصوص الأعمال السيادية للدولة لا تدخل في إطار شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الاستثمار، حيث إن الدولة لها الحق في ممارسة سلطاتها السيادية في مواجهة المتعاقد معها. أيضًا سارت الحكومة الإيرانية في الاتجاه ذاته، حيث رأت أن تأميم صناعة البترول أمر مرتبط بممارسة الدولة لسيادتها، ومن ثم لا يجوز فيه التحكيم^(٢٢).

وعلى صعيد مقابل، يرى اتجاه من الفقه القانوني أن هيئة التحكيم ينعقد لها الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن التأميم ونزع الملكية، ولكن بحدود معينة،

(٢٢) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

تتمثل في قصر دور الهيئة على مجرد تقدير تعويض عادل ومناسب لحجم الضرر الذي ألم بالمستثمر، دون أن تملك هيئة التحكيم مناقشة شرعية قرار الدولة بالتأميم أو نزع الملكية. ويستند أصحاب هذا الرأي على حجة مفادها، أنه من المستحيل من الناحية العملية إرغام الدولة على التراجع عن قرارها (إعادة الحال إلى ما كانت عليه)، لما في ذلك من مساس بسيادة الدولة وهيبتها^(٢٣).

وعن موقف الاتفاقيات الدولية المعنية بشئون الاستثمار فالملاحظ أنها لم تتضمن حلاً شافياً لهذه المشكلة، وجاء موقفها متسماً بالغموض. فاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار على سبيل المثال جاءت خالية من نص يحدد مدى اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات الخاصة بالتأميم أو نزع الملكية، واكتفت في هذا الصدد بنص المادة ٢٥ / ١ الذي حدد اختصاص المركز الدولي بتسوية منازعات الاستثمار، حيث جاء فيه أن هذا المركز يختص فقط بالمنازعات القانونية التي تشور بين دولة متعاقدة، وبين أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل بشكل مباشر بالاستثمار، وأن يكون الأطراف قد اتفقوا على كتابة الخضوع للمركز^(٢٤).

والملاحظ على النص السابق أنه قصر اختصاص هيئة التحكيم على نظر المنازعات ذات الطابع القانوني، دون أن تقوم الاتفاقية بتحديد المقصود بهذه المنازعات، الأمر الذي أثار الشك وفتح باب الاجتهاد حول مدى اعتبار منازعات التأميم ونزع الملكية من قبيل المنازعات التي تدخل في اختصاص هيئة التحكيم من عدمه.

وقد ذهب اتجاه فقهي للقول بأن منازعات التأميم والمصادرة ليست منازعات

(٢٣) د. حمدى محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨٢٣.

ICSID convention, regulations and rules, Article (25-1)

(٢٤) راجع: The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. □

قانونية، وإنما ذات طابع سياسي، الأمر الذي لا يجوز معه هيئة التحكيم أن تنظر هذه المنازعات من جانب البحث عن شرعية الإجراء، على أن يقتصر - دور هيئة التحكيم بخصوص هذه المنازعات فقط على بحث التعويض المستحق عن هذا الإجراء (٢٥).

وعلي صعيد آخر، ذهبت لجنة الخبراء القانونية التي أسند إليها مهمة إعداد اتفاقية واشنطن سالفة الذكر إلى أن التفسير الذي خيم بظلاله على اجتماعات اللجنة بخصوص عبارة " المنازعات ذات الطابع القانوني" كان ينصرف إلى اختصاص المركز بنظر كافة المنازعات بما في ذلك النظر في مدى شرعية قرارات التأميم الصادرة عن الدولة^(٢٦).

٦٣- ويبدو لنا أن الآراء السابقة لم تدرك خصوصية اختصاص التحكيم بنظر منازعات الاستثمار، فقرارات التأميم ونزع الملكية باعتبارها من أعمال السيادة لا يجوز الحديث عن شرعيتها ليس فقط بخصوص اختصاص هيئة التحكيم، ولكن أيضًا بخصوص اختصاص القضاء الوطني باعتبار أن أعمال السيادة تخرج عن ولاية هذا القضاء.

وعلى الرغم من ذلك فليس هناك ما يمنع من وجهة نظرنا من أن تنظر هيئة التحكيم مثل هذه المنازعات، وذلك إذا كان هناك اتفاق صريح بين الدولة والمستثمر على إسناد هذا الأمر لهيئة التحكيم، أما إذا لم يكن هناك اتفاق على ذلك فيبقى الأصل هو عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر هذه المنازعات.

فأهم ما يميز التحكيم هو هيمنة الطابع الاتفاقي على كافة مجرياته، ومن ثم يبدو لنا توقف اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات الخاصة بالتأميم ونزع الملكية على وجود اتفاق بين الدولة والمستثمر يسمح بذلك من عدمه.

ويدعم وجهة نظرنا ما نطقت به صراحة نصوص اتفاقية واشنطن سالفة الذكر، حيث جاء في آخر نص المادة ٢٥ / ١ " وأن يكون الأطراف قد ارتضوا كتابة الخضوع للمركز". أيضًا جاء في نص المادة ٢٥ / ٤ " أن كل دولة متعاقدة يمكنها عند

(٢٥) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

(٢٦) المرجع السابق، ذات الموضوع.

التصديق على الاتفاقية أو قبولها أو اعتمادها، ولو في تاريخ لاحق أن تخطر المركز بأنواع المنازعات التي تقبل خضوعها للمركز".

فهذه النصوص قاطعة الدلالة على أن إرادة الأطراف هي المحدد الأول لمجريات التحكيم، بما في ذلك تحديد أنواع المنازعات التي تدخل في اختصاص هيئة التحكيم، ولعل هذا ما يميز التحكيم ويعكس خصوصيته في مواجهة القضاء التقليدي، ومن ثم يمكن للدولة منذ البداية وعند الاتفاق على التحكيم أن تحدد أنواع المنازعات التي تقبل خضوعها للمركز بما في ذلك المنازعات الخاصة بالتأميم ونزع الملكية وغيرها من المنازعات المتصلة بالقرارات السيادية للدولة. فمن أهم ما يميز التحكيم ما يتمتع به من مرونة في فض المنازعات، تتناسب مع خصوصية مشاكل الاستثمار.

ومن ثم يبدو من غير المقبول بالنسبة لنا أن نميز في اختصاص هيئة التحكيم بحسب ما إذا كانت المنازعة قانونية أو سياسية كما يجري عليه العمل في القضاء العادي. والأصح هو أن نميز بين المنازعات التي تم الاتفاق على خضوعها للتحكيم، وتلك التي لم يتم الاتفاق على خضوعها.

ويذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين طبيعة الإجراء الذي تقدم عليه الدولة، وطبيعة المنازعة التي تدور حوله، فالإجراء قد يكون سياسياً في ضوء بواعثه، في حين أن المنازعة الناجمة عنه قد تكون قانونية.

ونحن من جانبنا نرى أن البحث عن هذه التفرقة سوف يجذبنا للدخول في معترك البحث عن الدوافع والبواعث من وراء إصدار القرار، أو القيام بالعمل الصادر عن الدولة، وهو أمر شائك، لا يخلو من صعوبات، ولا يعتمد على معيار واضح ومنضبط للتمييز بين ما هو قانوني وما هو سياسي. لذلك يبدو لنا ضرورة وجود اتفاق بين الدولة والمستثمر منذ البداية على تحديد طبيعة المنازعات التي تدخل في اختصاص هيئة التحكيم.

وبناء عليه يبدو لنا عدم الانتصار المطلق لأي من الاتجاهين السابقين، سواء بعدم قابلية هذه المنازعات للخضوع للتحكيم، أم بخضوعها، ولكن العبرة تكون بوجود

اتفاق من عدمه.

٣- إثبات القوة القاهرة أمام هيئة التحكيم بخصوص عقد الاستثمار:

٦٤- يذهب جانب من الفقه بحق^(٢٧) إلى القول بأن إثبات القوة القاهرة تكون على من يدعيها من الأطراف، بأن يثبت وقوعها بالفعل، وأن يقيم الدليل على أن إرادته لم يكن لها دخل في وقوعها، وأنه لم يكن بوسعها توقعها، وذلك وقت إبرام العقد.

وقد جاء تطبيقاً لذلك حكم محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة البولندية (وارسو)، حيث تلخص وقائعها في أن الشركة الفرنسية للكيماويات رفضت تسليم كمية المواد الكيماوية المتععدة بتوريدها لشركة التجارة الخارجية البولندية، حيث أرجعت الشركة الفرنسية هذا الأمر إلى توقف إنتاجها لأسباب تتعلق بعنصر الأمان الواجب مراعاته عند إنتاج مثل هذه المواد. وقد قضت محكمة التحكيم بعدم اعتبار ما سبق قوة القاهرة بخصوص تنفيذ العقد، وذلك لعدم قدرة الشركة الفرنسية على إثبات الدليل على أن هذه الواقعة تعد من قبيل القوة القاهرة، التي لا يمكن توقعها أو دفعها^(٢٨).

وعلى الرغم من تسليمنا بضرورة قيام المدعي بإثبات القوة القاهرة، فإن هذا لا يعني تخلي هيئة التحكيم عنه في ذلك، حيث يجب أن تمكنه من الوسائل التي يمكن من خلالها إقامة الدليل على وجود القوة القاهرة، خاصة إذا ما كانت قد نشأت عن أعمال يغلب عليها الطابع الفني، وذلك على النحو الذي يصعب معه على المدعي أن يفرد بعملية الإثبات. أيضاً تبدو أهمية مساعدة هيئة التحكيم للمدعي إذا ما كان مستثمراً أجنبياً وتعلقت حالة القوة القاهرة بعمل من أعمال السيادة للدولة المضيفة للاستثمار، ويحتاج الأمر إلى تقديم أدلة ومستندات تحت يد الدولة.

(٢٧) المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢٨) راجع، Polish foreign trade enterprise v. French company, Case no. 127/85, 28 August 1986, Yearbook XIV (1989) p. 181, available at: <http://www.kluwerarbitration.com/organization.aspx?jurisdiction=Poland&organization=Court+of+Arbitration+at+the+Polish+Chamber+of+Commerce+in+Warsaw&text-type=Awards>

ويدق التساؤل بمناسبة الطرح السابق، حول ما إذا كان الطرف الذي يدعي حالة القوة القاهرة هو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة التابعة للدولة، وكانت هذه الحالة ناشئة عن عمل من أعمال السيادة، فهل يمكن لهذا الشخص التمسك بالقوة القاهرة، في ظل اشتراط ألا يكون للطرف الذي يدعي القوة القاهرة دخل في وقوعها؟

وقد وجد لهذا التساؤل صدق حقيقي في قضية هضبة الأهرام، والتي تمثلت وقائعها في دفع الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق EGOST بانعدام مسؤوليتها عن الأضرار التي أصابت شركة S.P.P بسبب عدم تنفيذ الهيئة لالتزاماتها، وقد ارتكبت الهيئة وهي في سبيلها لدفع مسؤوليتها، على القرار الصادر عن رئيس الجمهورية بإلغاء المشروع محل العقد، والذي يعد قوة القاهرة تحول دون الهيئة وتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد^(٢٩).

والملاحظ أن هيئة التحكيم التي عرض عليها النزاع حملت الهيئة العامة للسياحة المسؤولية عن القرار الجمهوري، وذلك من خلال النظر لهذه الهيئة على أنها مجرد وسيلة أو أداة في يد الدولة في العلاقة مع المستثمر الأجنبي، ومن ثم كان من الواجب على الهيئة العامة للسياحة أن تبذل أقصى ما في وسعها للحيلولة دون صدور هذا القرار الجمهوري.

ويبدو لنا أن هيئة التحكيم قد سعت من خلال الحكم السابق إلى الالتفاف على الواقع، من خلال تحميل الهيئة العامة للسياحة المسؤولية عن عمل من أعمال السيادة للدولة المصرية، وهذا أمر لا يمكن قبوله، حيث إن هذه الهيئة يخرج عن نطاق اختصاصها تمامًا مناقشة السلطة السياسية في الدولة عما تصدره من قرارات، ومن ثم يبدو لنا أن القرار الجمهوري في الواقعة المثارة يعد من قبيل القوة القاهرة، التي لم تسهم الهيئة العامة للسياحة في إيجادها، كما أنها لا تملك دفعها.

ولعل هذا الحكم يدفعنا إلى تأيد جانب من الفقه^(٣٠) الذي يرى ضرورة تحديد

(٢٩) راجع: ICSID cases (1992), case No (ARB/84/3), Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. V Arab Republic of Egypt, P 7.

(٣٠) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار مرجع سابق، ص ٢٠٨.

المقصود بالقوة القاهرة في عقود الاستثمار بمزيد من الدقة، على أن تكون دائماً أعمال السيادة من قبيل القوة القاهرة، خاصة في ظل صعوبة دفعها، وما يترتب عليها من آثار تمس بقوة عقد الاستثمار.

٤- الرغبة في الإبقاء على عقد الاستثمار في حالات القوة القاهرة:

٦٥- يُعد من الضوابط المهمة التي يجب مراعاتها من قبل هيئة التحكيم عند التعامل مع حالة القوة القاهرة، والتي تميز التحكيم في عقود الاستثمار عن غيرها من العقود ضرورة الحرص على استبقاء وجود هذا العقد، واستمرارية تنفيذه. فإذا كانت القواعد العامة تقضي بانقضاء العقد على إثر تحقق القوة القاهرة، فإن هذا الأمر لا يتوافق مع طبيعة عقد الاستثمار، الذي يتميز دون غيره من سائر العقود الأخرى بحرص أطرافه على استمراره حتى في حالة حدوث قوة قاهرة، حيث لا تقف رغباتهم عند حد إنهاء الرابطة العقدية، من خلال تقرير إعفاء الطرف الذي تحققت إحدى حالات القوة القاهرة في حقه من المسؤولية، ولكن تمتد غالباً إلى الإبقاء على العقد من خلال محاولة توفيقه مع المتغيرات المستجدة، من خلال منح المستثمر مهلة إضافية لاستغلال المشروع، أو التخفيف من الالتزامات المحمل بها.

ولعل تسوية الوضع على هذا النحو لن يتسنى تحقيقه إلا عن طريق التحكيم، دون غيره من الوسائل الأخرى، حيث إن مثل هذه المنازعات لا تتسم بالندية التي تشهدها ساحات القضاء العادي، بل تتسم بالسعي إلى رأب الصدع والتوفيق من أجل إعادة التوازن بين المراكز القانونية لأطراف العقد، بما يخدم استكمال مسيرته^(٣١).

وتبدو خصوصية التحكيم في التعامل مع هذا الأمر، نظراً للإمام المحكم بالتفاصيل الفنية الخاصة بحالة القوة القاهرة، وتمكنه من إدراك تحقق هذه الحالة من عدمه، ومدى تأثيرها على إمكانية تنفيذ الالتزام، ومحاولة الحد من آثارها على استمرار عقد الاستثمار، من خلال السعي لتوفيق أوضاع أطراف العقد بما يتلاءم مع الأحداث المستجدة، الأمر

(٣١) المرجع السابق، ص ١٦٤.

الذي يبرز خصوصية التحكيم وملاءمته لواقع عقد الاستثمار ورغبات أطرافه^(٣٢).

المبحث الثاني

دور التحكيم في حالات تغير ظروف عقد الاستثمار

٦٦- يعالج هذا المبحث دور التحكيم في معالجة حالات تغير ظروف عقد الاستثمار، والتي تظهر في حالتين: الأولى، إذا وقعت ظروف طارئة تسببت في حدوث خلل بين التزامات أطراف العقد بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد. والثانية، على إثر مخالفة شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول

التحكيم ومعالجة آثار الظروف الطارئة على عقد الاستثمار

٦٧- تعرف الظروف الطارئة بأنها مجموعة الحوادث التي لم تكن منظورة وقت التعاقد، والتي من شأنها أن تحدث خللاً بين التزامات أطراف عقد الاستثمار.

ومن أمثلة هذه الظروف، قيام ثورة شعبية أو حرب يترتب عليها ارتفاع زيادة في أسعار المواد الأولية، أو زيادة أجور العمال أو ارتفاع نفقات النقل أو التأمين، أو حدوث أزمة مالية عالمية، أو وقوع خلاف بين شركاء الاستثمار يتسبب في اضطراب سير المشروع الاستثماري^(٣٣).

ويشترط في هذه الظروف أن تكون عامة، وليست خاصة بالمشروع الاستثماري، ويجب ألا تكون هذه الحوادث متوقعة ولا يمكن دفعها، بحيث تؤدي إلى حدوث إرهاب في تنفيذ العقد، وأن يقاس الإرهاب بمعيار موضوعي مجرد ينظر لظروف المشروع الاستثماري وليس لظروف الأطراف الشخصية.

ويعرف الإرهاب بأنه " وصف يلحق التزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه

(٣٢) راجع: 3: p. Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development, op. cit.

(٣٣) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية - القاهرة، (دون تاريخ نشر)، ص ٢٢١.

مهدداً إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد^(٣٤).

ويجب على هيئة التحكيم وهي بصدد تقدير حالة الإرهاق ألا تعول كثيراً على القدرة الاقتصادية للمستثمر، فلو أن أحواله الاقتصادية ميسورة للحد الذي يمكنه من التقليل من الإرهاق، فإن هذا لا يمنعه من الاستفادة من طلب تعديل عقد الاستثمار لاستعادة توازنه الاقتصادي^(٣٥).

من ناحية أخرى لا يشترط أن يصل حال المدين إلى حد الخراب الاقتصادي، حيث يعد هذا تشدداً في الأمر، بل يجب إقامة نوع من الموازنة والمواءمة بين الواقعة وبين ما تركته من آثار على ظروف تنفيذ العقد^(٣٦).

ويظهر دور التحكيم في معالجة آثار الظرف الطارئ في اتخاذ أحد أمرين: إعادة التفاوض، أو فسخ العقد، وذلك على البيان التالي:

أولاً/ إعادة التفاوض لاستعادة توازن عقد الاستثمار على إثر الظرف الطارئ:

٦٨- تنطلق أهمية هذا الموضوع من أنه يفرض على أطراف العقد ضرورة إعادة التفاوض بخصوص شروط وبنود العقد إذا ما حدثت ظروف طارئة من شأنها أن تخل بتوازن العقد، يأتي هذا في ظل وجود حالة من تعارض المصالح بين أطرافه حول مدى إمكانية تعديل شروطه، الأمر الذي يدعو إلى شرط إعادة التفاوض والمصالح المتضاربة لأطرافه، وللأثر القانوني المترتب على إدراج هذا الشرط في عقد الاستثمار، وذلك على النحو التالي:

(٣٤) د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٨٢.

(٣٥) المرجع السابق، ص ٢٨٤.

(٣٦) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " متى كان الحكم المطعون فيه لم يجاوز وهو بصدد بحث شروط نظرية الحوادث الطارئة النطاق الواجب التزامه في تحقيق شرط الإرهاق المهدد بالخسارة الفادحة للمشتري إذ نظر للصفقة ذاتها مدلاً من ظروفها وملابساتها على انتفاء ذلك الشرط، وكان ما قرره في شأن عدم تأثر الصفقة المتنازع عليها بالظروف الاستثنائية مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فإنه لا يمكن النعي عليه بأنه خالف القانون" راجع: نقض مدني، طعن رقم ٣٧١، لسنة ٣١ قضائية، الدائرة المدنية لمحكمة النقض، جلسة ١٩٦٤/٥/٢٦، مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية، السنة ١٦ ق، العدد الأول، ١٩٦٥، ص ٦٢٤.

(١) شرط إعادة التفاوض والمصالح المتضاربة لأطراف عقد الاستثمار:

٦٩- يعرف شرط إعادة التفاوض^(٣٧) في عقد الاستثمار بأنه شرط تدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث معينة، تخرج عن نطاق توقعاتهم عند إبرام العقد، وتكون من شأنها أن تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد^(٣٨).

وتظهر نماذج الاتفاق على إعادة التفاوض "حدوث تغيير جوهري في ظروف إبرام العقد"

"a substantial change in the circumstances existing on the date of the agreement"، شرط تغيير الظروف "a change of circumstances"، حدوث خلل اقتصادي كبير "substantial economical imbalance"، استعادة التوازن الاقتصادي للعقد "removing the unfairness from the contract".

ويشير شرط إعادة التفاوض بالمعنى السابق أزمة تعارض مصالح أطراف العقد، سواء الدولة أم المستثمر.

فالدولة المضيفة للاستثمار ترى أن لها مصلحة قوية في تمتع عقد الاستثمار بمرونة كبيرة تسمح بطواعيته للتعديل مادامت هناك ظروف تدعو لذلك، خاصة أن هذا العقد من العقود التي يستغرق تنفيذها آجالاً طويلة^(٣٩)، الأمر الذي يغلب عليه احتمالات حدوث تغييرات جذرية، على النحو الذي يجعل شروط العقد غير ملائمة لهذه التغييرات^(٤٠)، ومن ثم الحاجة إلى إعادة التفاوض بشأن هذه الشروط، حتى

(٣٧) راجع: وتظهر نماذج الاتفاق على إعادة التفاوض "حدوث تغيير جوهري في ظروف إبرام العقد" "a substantial change in the circumstances existing on the date of the agreement"، شرط تغيير الظروف "a change of circumstances"، حدوث خلل اقتصادي كبير "substantial economical imbalance"، استعادة التوازن الاقتصادي للعقد "removing the unfairness from the contract".

Mato, Hadiza Tijjani, The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements, op. cit, p35.

Ibid, op. cit, p35.

(٣٨) راجع:

Ingeborg Schwenzer, force majeure and hardship in international sales contracts, op.cit, p 709 .

(٣٩) راجع:

Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development, op. cit, p5.

(٤٠) راجع:

تتوأكب مع هذه المتغيرات وتستوعبها^(٤١). لذلك تحرص الدولة بقوة على تضمين عقد الاستثمار شروطاً تفرض ضرورة مراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأن شروطه^(٤٢). وتلجأ الدولة في سبيل تبرير ذلك للقول بأن الشروط والبنود الواردة في عقد الاستثمار لا يمكن النظر إليها على أنها تحديد نهائي للحقوق والالتزامات المتبادلة، وإنما هي أطر مرنة تنظم العلاقة وقت إبرام العقد، وأيضاً تقبل استيعاب المتغيرات المستقبلية^(٤٣).

وقد ظهرت أهمية هذا الأمر على وجه الخصوص بالنسبة للدول التي كانت واقعة تحت وطأة الاستعمار الأجنبي، حيث أبرمت العديد من عقود الاستثمار في ظل هذا الوقت^(٤٤)، الأمر الذي شعرت معه هذه الدول بعدم تمتعها بإرادة حرة كاملة عند إبرام هذه العقود، بل القول الأسلم هو أن هذه العقود جاءت مفروضة من طرف على آخر، ناهيك عما تحمله مثل هذه العقود من امتيازات وإعفاءات لا يمكن التسليم في ظلها بتوازن المراكز القانونية لأطراف العقد. فكما سبق أن ذكرنا كانت الدول الاستعمارية تعتمد في خططها الاستنزافية لموارد الشعوب المستعمرة على منح شركاتها ورعاياها امتيازات مفرطة على هذه الموارد، الأمر الذي دعا هذه الدول في سبيل استعادة سيادتها على مواردنا إلى فسخ هذه العقود أو تأميم هذه المشروعات^(٤٥). بل مما يزيد الأمر

(٤١) راجع: Samuel K. B. Asante, Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 28, No. 3, Jul, 1979, p 403; Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development, op. cit, p3.

(٤٢) راجع:

John Y. Gotanda, Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited, Vanderbilt journal of transnational law, Vol. 36:1461, (Without the date of publication), p 1462.

- كما يبرر ذلك أيضاً أن القوة التفاوضية للمستثمر تصل لذروتها قبل إبرام العقد، أما الدولة فتكون منشغلة بانتقال رؤوس الأموال والتكنولوجيا والخبرة الفنية، وبعد ذلك يكون للدولة المضيئة أن تراجع هذه الشروط من جانب واحد.

LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op. cit, p 942.

(٤٣) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٤٤) عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بحث منشور بمجلة نقابة المحامين الأردنية - العددان التاسع والعاشر، ٢٠٠٢، ص ٨.

(٤٥) راجع في ذلك: Luke Nottage – Kate Miles, Back to the Future” for Investor-State Arbitrations:

خطورة، أن مثل هذه الدول بعد أن نالت استقلالها تسعى إلى إعادة ترتيب الأوضاع من أجل تحقيق التنمية المنشودة، الأمر الذي يؤكد على أهمية إعادة مراجعة شروط العقد والتفاوض بشأنها بغية مواجهة تداعيات اختلاف ظروف تنفيذ عقد الاستثمار عن ظروف إبرامه. بل أن هذا الحل قد يكون أصح وأكثر فائدة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، حيث غالباً ما تلجأ الدول المضيفة للاستثمار في مثل الظروف السابقة إلى تأميم هذه المشروعات أو مصادرتها لارتباطها الوثيق بسيادتها، ومن ثم يكون اللجوء إلى إعادة التفاوض أيسر وأفضل بالنسبة للمستثمر.

٧٠- وعلى الصعيد المقابل يحرص المستثمر على تمتع عقد الاستثمار بالاستقرار من خلال عدم تعديل شروطه، ويعتمد في تبرير هذا الحرص على اعتبارات يغلب عليها الطابع العملي أكثر من التسبب القانوني، أهمها:

١. إن المستثمر يلجأ قبل الدخول في العقد غالباً إلى إجراء الدراسات الفنية والمحاسبية المستفيضة بغية التبصر قدر الإمكان بنتائج مشروعه الاستثماري^(٤٦)، بما يدفعه إلى الإلمام بكافة الجوانب المتعلقة بهذا المشروع، من خلال التعرف على طبيعة المعاملة الضريبية طوال مدة تنفيذ العقد، وطبيعة قوانين العمل السارية، والتشريعات الجمركية والإعفاءات التي يمكن أن يحصل عليها، والقوانين الرقابية السارية، كل ذلك بغية اتخاذه لقرار إبرام العقد على أسس سليمة^(٤٧). الأمر الذي يجعله لا يتخذ هذا القرار إلا بعد أن يكون قد اطمأن إلى الأمور السابقة، وكانت محل اعتبار وتقدير بالنسبة له، ومن ثم فهو يحرص على ثبات العقد لارتباط تحقق النتائج التي يريجوها بهذا الثبات^(٤٨).

Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, op. cit, p 27.

(٤٦) عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بحث منشور بمجلة نقابة المحامين الأردنية - العددان التاسع والعاشر، ٢٠٠٢، ص ٦.

(٤٧) Lorenz Cotula, Investment contracts and sustainable development, op. cit, p2; Paul E Mason and Mauricio Gomm-Santos, New Keys to Arbitration in Latin-America, op. cit, p 33.

(٤٨) بل قد يحصل هذا المستثمر على وعود ضخمة خاصة إذا ما تعلق الأمر بالاستثمار في أحد مرافق الخدمة العامة، ومن ثم يصعب استبعاد أهمية الوعود التي قطعت بالنسبة لهذا المستثمر، والتي بني عليها قراره بالاستثمار.

٢. ارتفاع نفقات وتكاليف التفاوض في ظل عدم ضمان الوصول إلى اتفاق حول تعديل أحوال العقد بما يتلاءم مع الظروف المستجدة، كما قد يرى المستثمر أن الدولة المضيفة للاستثمار بحكم ما لها من سلطة وسيادة تملك مواجهة الظروف المستجدة بما يتواءم مع العقد القائم، دون تعديل العقد بما يتواءم مع هذه المستجدات لذا فهو يحرص على تضمين عقد الاستثمار شرط الثبات أو الاستقرار Stability clauses^(٤٩).

٣. إن المستثمر في غالب الأحوال لا يجوز كافة الأموال التي يحتاج إليها في نشاطه الاستثماري، لذلك فهو يلجأ إلى الاقتراض من البنوك والمؤسسات المالية لتمويل مشروعه، وتحرص هذه البنوك على إجراء دراسة مستفيضة للصيغة النهائية للعقد، حيث يرتبط قرارها بتمويل المشروع بمدى ما حصل عليه المستثمر من ضمانات وامتيازات منحت لها الدولة المضيفة للاستثمار، لذلك فهو يحرص كل الحرص على ثبات مضمون العقد^(٥٠).

LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers ?, op. cit, p 942. □

(٤٩) راجع: John Y. Gotanda, Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited; op.cit, p 1462; Zeyad A. Al Qurashi, Renegotiation of international petroleum Agreements, Journal of international arbitration, 22(4); 261- 300, 2005, p262.

- وقد لاقى اتجاه ضرورة احتفاظ العقد بثباته واستقراره حتى في ظل تحقق ظروف طارئة تأييداً واسع النطاق من قبل محكمة النقض الفرنسية، حيث ذهبت في حكمها الصادر في قضية كراو بون ١٨٧٦ إلى أنه " لا يجوز للمحاكم في أية حالة كانت أن تقيم وزناً للزمن والظروف لتعديل اتفاق الطرفين واستبدال شروط جديدة بالشروط القديمة التي قبلها المتعاقدان بحرية ". وعلى الرغم مما واجه هذا الاتجاه من اعتراض شديد من قبل النيابيين بعد الحرب العالمية الأولى، على إثر ما خلفته هذه الحرب من اضطرابات اقتصادية ومالية ضخمة، إلا أن المحكمة احتفظت بموقفها العدائي حيال الظروف الطارئة، استناداً لإحترام إرادة المتعاقدين، وصيانة واستقرار المعاملات ضد أية اضطرابات أو اهتزازات. ومن الأحكام التي صدرت حديثاً، وأظهرت تمسك محكمة النقض الفرنسية بموقفها، الحكم الصادر في قضية Appm v Aplix عام ١٩٨٢، حيث ذهبت إلى أن محكمة الاستئناف أخطأت عندما قررت تعديل شروط العقد على إثر تغيير الظروف، حيث إن العقد لم يتضمن أي بند يفيد ذلك. لكن هناك العديد من النظم القانونية التي تعترف بإمكانية تعديل العقد في حالات تغير الظروف مثل القانون الألماني والهولندي والإيطالي والبرتغالي. وقد تبني القانون الانجليزي موقفاً وسطاً يتمثل في جعل الأصل والقاعدة هي عدم جواز تعديل العقد لتغير الظروف، إلا إذا ثبت أن هذه الظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً.

Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis, the effect of change in circumstances on the performance of contract, Jurisprudence, 2009, 4(118), p199. Ingeborg Schwenzer, force majeure and hardship in international sales contracts, op.cit, p 711.

(٥٠) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٢١٥.

فالمستثمر يجد أن له مصلحة قوية في احتفاظ هذا العقد بثباته التنظيمي وفق ما اتفق عليه الأطراف عند إبرامه، الأمر الذي يجعله حريصاً على تضمين العقد لشروط الثبات التشريعي وعدم المساس، ليس فقط لمجرد تجنب انفراد الدولة بإنهاء العقد أو تعديله بما لها من سلطات سيادية استثنائية، ولكن أيضاً لمواجهة الحالات التي تطلب الدولة فيها إعادة التفاوض مع المستثمر على قدم المساواة بخصوص شروط العقد في ضوء المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي من شأنها أن تخل بالتوازن العقدي لأطرافه^(٥١).

ولا مرء في أن شروط إعادة التفاوض والثبات تعد من قبيل الشروط الاستثنائية المرتبطة في الأصل بطبيعة معينة من العقود، لمواجهة طبيعة خاصة من الظروف. لذلك فإن بلوغ الغاية والهدف من إدراجها مرتبط في الأساس بطريقة إدراجها في العقد وبتحديد الحالات والظروف التي إذا ما تحققت كان هناك مجال لتطبيقها ووضعها موضع التنفيذ.

(٢) الأثر القانوني لشرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار:

٧١- في ظل أهمية شرط إعادة التفاوض على النحو السابق بيانه، يثور التساؤل حول الأثر القانوني المترتب على إدراج هذا الشرط في عقد الاستثمار، من حيث مدى قدرة هيئة التحكيم بموجبه على إلزام الأطراف بإعادة التفاوض؟

ذهب جانب من الفقه للقول بأنه على الرغم من الأهمية القصوى التي يحققها شرط إعادة التفاوض لأطراف العقد، إلا أن أثر هذا الشرط محدود للغاية، حيث يقتصر أثره فقط على مجرد الالتزام بإعادة مناقشة شروط وأحكام عقد الاستثمار، دون أن يكون هناك التزام بأن تؤدي هذه المناقشة إلى تعديل فعلي للعقد. حيث يوجد فرق بين الالتزام بإعادة توازن الالتزامات العقدية في ضوء الظروف الجديدة، ومجرد الاتفاق

(٥١) راجع: Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development, op. cit, p5.

على إجراء التفاوض في حالة حدوث هذه الظروف^(٥٢).

وقد شهد هذا الاتجاه تأييداً من قبل بعض أحكام التحكيم، والتي ذهبت إلى أنه إذا لم تتمكن أطراف العقد من التوصل إلى اتفاق في حالة وجود شرط إعادة التفاوض، فإن هذا لا يعد خرقاً للعقد، لأن الالتزام بالتفاوض لا يعنى الالتزام بتعديل العقد^(٥٣).

٧٢- ونحن من جانبنا نرى ضرورة التفرقة بين ثلاثة فروض في مثل هذه الحالة:

الأول/ إذا ثبت أن أحد أطراف العقد قد تسبب بفعله المنفرد في تغيير الظروف على النحو الذي جعل العقد غير متلائم مع المتغيرات الجديدة، حيث لا يجب اعتبار هذه الحالة من قبيل تغيير الظروف التي تبرر تعديل العقد، بل يجب على الطرف الذي تسبب بفعله في هذا الموقف أن يعيد الأوضاع إلى ما كانت عليه، بل يحق للطرف الآخر أن يطالبه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء هذه الأوضاع^(٥٤).

الثاني/ إذا ما اتفقت الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر على أحوال وظروف مسماة ومحددة في العقد، إذا ما تحققت وجب تعديله بما يتلاءم معها، حيث يجب في هذه الحالة الالتزام بتعديل العقد بما يجعله متلائماً مع المستجدات، إذا ما تحققت هذه الظروف والأحوال. ويجب على هيئة التحكيم أن تراعي كافة المؤشرات والموجهات التي اتفق عليها المتعاقدون لمواجهة هذه الظروف.

(٥٢) راجع: Klaus Peter Berger, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, vanderbil journal transnational law, Vol. 36:1347, 2003, p 1368.

(٥٣) راجع: (Amin oil), an Arbitration Between Kuwait and the American Independent Oil Company Mar. 24, 1982, available at: www.jstor.org/stable/20692501

(٥٤) وقد عبرت عن هذا الأمر بصورة غير مباشرة الاتفاقية الموقعة بين الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، حيث نصت في المادة ١/٥ على أن يمنح المستثمرون التابعون لإحدى الدولتين المتعاقبتين الذين تتعرض استثماراتهم في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى لأضرار أو لخسائر بسبب الحرب أو أي نزاع مسلح آخر أو حالة طوارئ وطنية أو ثورة أو اضطرابات أو أعمال شغب أو أحداث أخرى مماثلة، معاملة من قبل الدولة المتعاقدة الأخيرة فيما يختص بإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه، أو برد الخسائر أو بالتعويض أو بأي تسوية أخرى، لا تقل رعاية عن تلك التي تمنحها الدولة المتعاقدة الأخيرة لمستثمريها أو للمستثمرين التابعين لأي دولة ثالثة، أيهما تكون الأكثر رعاية. راجع هذه الاتفاقية على الموقع الإلكتروني التالي:

www.finance.gov.lb/NR/rdonlyres/...1DBC.../Kuwait. □

الثالث/ إذا نص اتفاق الدولة والمستثمر على إعادة التفاوض إذا ما حدثت متغيرات تحل بالمراكز القانونية في العقد بصورة عامة، فلا يمكن القول بإلزام الأطراف بتعديل العقد في هذه الحالة، بل تجب إعادة التفاوض دون أن يكون هناك التزام بتعديل العقد.

ويظهر العرض السابق أهمية الصياغة المتبناة في عقد الاستثمار من قبل أطرافه لتنظيم إعادة التفاوض لمواجهة الظروف الطارئة، حيث إن هيئة التحكيم لن تتمكن من تحقيق التوازن الاقتصادي الملائم لعقد الاستثمار إلا إذا كانت الصياغة التي تم تبنيها في العقد تمكنها من ذلك، حيث إنها وهي تسعى إلى تحقيق التوازن يجب ألا تحمل نصوص العقد بأكثر مما تحتمل. والأمر على هذا النحو يدعونا إلى توجيه النداء للدولة بضرورة حرصها الشديد على تضمين عقود الاستثمار التي تبرمها الالتزام بإعادة التفاوض، وأن ينص صراحة على ضرورة التوصل لاستعادة توازن العقد على إثر ذلك، وأن لا يقتصر الأمر فقط على مجرد التشاور دون اشتراط التوصل لنتيجة معينة.

ويؤكد رأينا ما ذهبت إليه هيئة التحكيم Ad Hoc في القضية التي كانت بين دولة الكويت وشركة Aminoil على أن يقتصر دور هيئة التحكيم على الحكم بالتعويضات المناسبة، دون أن تملك أن تعدل العقد ليتناسب مع المستجدات الاقتصادية، حيث إن الاتفاق على هذا الأمر لم يكن وارداً بالعقد^(٥٥).

نخلص من ذلك إلى أن المنازعات المتعلقة بإعادة التفاوض لا تحتاج إلى معالجة قضائية بالمعنى المعروف بقدر ما تحتاج إلى معالجة توفيقية متبصرة بواقع المنازعة وملاساتها، لذلك نتفق مع ذلك الجانب من الفقه^(٥٦) الذي يرى ضرورة حرص أطراف عقد الاستثمار على التنبيه إلى ضرورة صياغة إجراءات خاصة تراعي أن يتضمن تشكيل هيئة التحكيم عناصر متخصصة تمتلك ملكات تفاوضية تنسيقية، كما يجب على

(٥٥) راجع: Ad hoc Arbitral Tribunal, The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company, 24 March 1982 – arbitral award, p2.

(٥٦) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ١٥٢.

هؤلاء الأطراف كذلك صياغة إجراءات التحكيم بما يجعلها تسمح بمشاركتهم في صنع القرار النهائي لفض المنازعة^(٥٧).

وينصح في هذا المجال عند اتفاق أطراف عقد الاستثمار على صياغة شرط التحكيم بخصوص نظر منازعات اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، ألا يحددوا حالات اختلال التوازن الاقتصادي على سبيل الحصر، بحيث يقتصر اللجوء للتفاوض عند حدوث إحدى هذه الحالات فقط، بل يفضل أن يأتي هذا الشرط عامًا، لمواجهة ظروفًا عادة ما تكون غير متوقعة، الأمر الذي يجعل حصر حالات اللجوء إلى إعادة التفاوض تفرغًا للشرط من مضمونه، ومن ثم يستحسن ترك هذا الأمر دون تحديد، ويجب على هيئة التحكيم في كافة الأحوال قبل أن تشرع في نظر مثل هذه المنازعات أن تتأكد من جدية الظروف المستجدة، وجدية تأثيرها على التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار.

من ناحية أخرى يجب أن تحرص هيئة التحكيم وأطراف المنازعة عند نهاية التفاوض، أن تحسن صياغة شروط العقد وجعلها مراعية لخصوصيات عمليات التنمية الاقتصادية بمفهومها الشامل، وذلك لضمان استمرار العقد أكبر فترة ممكنة في ظل أقصى مستوى من التوازن بين الأطراف. كما يجب أيضًا الحرص على الاتفاق على الأثر المترتب على مراجعة العقد لمواجهة الظروف المستجدة، وما إذا كان الهدف من إعادة التفاوض تبادل المنفعة، أو أن الهدف التوفيق بين أحكام العقد والمستجدات الاقتصادية^(٥٨).

والجدير بالذكر أن حسن صياغة كافة شروط وبنود عقد الاستثمار بما في ذلك شرط التحكيم، والحرص على مرونتها بما يجعلها تتماشى مع ظروف ومستجدات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، من شأنه أن يساعد على إطالة أمد عقد الاستثمار، ومن شأنه

(٥٧) راجع: 3: Lorenz Cotula, Investment contracts and sustainable development, op. cit, p 3.

(٥٨) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

أيضاً تجنّب هذا العقد للعديد من معوقات تنفيذه.

٧٣ - مدى إمكانية التفاوض رغم خلو العقد من شرط إعادة التفاوض:

والسؤال الذي يلح في هذا المقام يتعلق بمدى إمكانية التفاوض على شروط عقد الاستثمار في ظل تغيير ظروف إبرامه رغم خلوه من شرط الثبات أو إعادة التفاوض؟ يمكن القول إجابة عن هذا التساؤل أن شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار يعد من قبيل الشروط المفترضة، التي يجب التزام الأطراف بها حتى ولو لم ينص العقد عليها صراحة. ونستند في تبرير هذا الرأي على نص المادة (١٤٨ مدني) التي تقضي بأن العقد لا ينفذ فقط في ضوء نصوصه، ولكن أيضاً وفقاً لمقتضياته في ضوء طبيعة محله وغايته وما تقضي به قواعد العرف والعدالة. فعقود الاستثمار تتسم بالآجال الطويلة نسبياً، كما أنها ترتبط في الغالب بالخطط الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، يضاف لكل ذلك قيام هذه العقود على استغلال أحد الموارد الطبيعية، كل هذه الأمور تؤكد وبقوة أهمية اعتبار شرط إعادة التفاوض من شروط عقد الاستثمار في ضوء طبيعة محله وغايته، حتى ولو لم يذكر صراحة في العقد^(٥٩).

يتجلى دور التحكيم أثناء معالجة أثر الظرف الطارئ لعقد الاستثمار في السعي إلى تعديل العقد، من أجل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول سعياً إلى استرداد العقد لتوازنه المفقود.

وتبدو أهمية تمتع سلطة التحكيم بالمرونة الكافية لقضاء هذه المهمة، وذلك من خلال المواءمة بين كافة الوسائل المتاحة أمامها، واختيار الوسيلة المناسبة لرفع هذا

(59) "In the absence of contractual clauses providing for review or renegotiation, transnational corporations should respond positively to requests for review or renegotiation of contracts concluded with Governments or governmental agencies in circumstances marked by duress, or clear inequality between the parties, or where the conditions upon which such a contract was based have fundamentally changed, causing thereby unforeseen major distortions in the relations between the parties and thus rendering the contract unfair or oppressive to either of the parties. Aiming at ensuring fairness to all parties concerned, review or renegotiation in such situations should be undertaken in accordance with applicable legal principles and generally recognized legal practices" See: Klaus Peter Berger, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, op.cit, p1357. □

[د.علاء التميمي عبده]

الإرهاق. بمعنى أنه يجب تقدير مصالح الأطراف بنظرة موضوعية عادلة، مع الأخذ في الاعتبار وضع كل منهم في العقد، ومدى توافر علاقة السببية بين اختلال توازن العقد والظرف الطارئ^(٦٠).

والجدير بالذكر أنه رغم التسليم بتمتع هيئة التحكيم بسلطة كبيرة ومرنة في إعادة توازن عقد الاستثمار، لكن تجب ملاحظة أن هذا لا يعني أنها مكلفة باسترجاع التناسب الذي كان موجوداً وقت إبرامه، حيث إن هذا الأمر قد يبدو صعباً من الناحية العملية، لكن ما يجب على هيئة التحكيم فعله هو مجرد إعادة توزيع تبعات الحادث الطارئ على أطراف العقد^(٦١)، وذلك من خلال تفسير إرادة هؤلاء الأطراف المباشرة وغير المباشرة، والتعامل ليس فقط مع حرفية نصوص العقد، بل مع دلالاته ومضامينه^(٦٢).

ولا يوجد حصر للوسائل التي يمكن أن تلجأ إليها هيئة التحكيم لاستعادة توازن العقد في مثل هذه الحالات، ولكن يمكن له أن يلجأ إلى إنقاص الالتزام الذي يمثل إرهاقاً لأحد أطرافه، أو زيادة الالتزام المقابل، أو أن تجمع بين النقص والزيادة، بل يمكن لهيئة التحكيم بما تملك من قدرات خاصة في التعامل مع عقود الاستثمار أن ترجى تنفيذ العقد، إذا ما لاح لها في الأفق بوادر لانتهاؤ الظرف الطارئ. لكن يجب ملاحظة أمر مهم، وهو أن اللجوء لاستعادة التوازن من خلال وقف تنفيذ العقد أمر مرهون بالأ يتسبب ذلك في الإضرار بأحد أطراف عقد الاستثمار، خاصة في ظل

(٦٠) وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية ".... لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط التي تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ، وقصر المدين في الوفاء بها حتى وقوع الحادث، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون هناك تراخ في تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين". نقض مدني، طعن رقم: ٣٦٨، لسنة ٢٩ قضائية، جلسة ٢٦/٣/١٩٦٤، مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية، السنة الخامسة عشرة، العدد الأول، ١٩٦٤، ص ٤٠٩.

راجع: Egidijus Baranauskas - Paulius Zapolskis, the effect of change in circumstances on the performance of contract, op. cit, p216.

(٦١) راجع: Ibid, p205.

(٦٢) د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ٤٣٨.

الحجم الهائل لتكلفة الالتزامات الناشئة عنه، من ناحية أخرى يجب إذا ما قررت هيئة التحكيم اللجوء لوقف تنفيذ العقد أن تضيف مدة التوقف إلى مدة العقد، حيث إن هذا يعد أمراً لازماً لتحقيق التوازن المنشود^(٦٣).

ثانياً/ التحكيم وفسخ عقد الاستثمار على إثر الظرف الطارئ:

٧٤- يعرف الفسخ بأنه عبارة عن الجزاء الذي يوقع على المتعاقد الذي يخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

ويتسبب الفسخ في إنهاء عقد الاستثمار إنهاءً مبسراً قبل انقضاء المدة المقررة له أصلاً، أو قبل إنجاز العمل الذي قام من أجله. ويتم اللجوء إليه في الغالب في حالة عجز أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته، أو إذا ثبت عدم جدوى التنفيذ العيني لهذه الالتزامات.

ويعد الفسخ بهذا المعنى وضعاً استثنائياً للغاية في عقود الاستثمار، ويتطلب معاملة خاصة من قبل هيئة التحكيم، حيث تحرص كل الحرص على ألا تلجأ إليه إلا في حالات محددة تنذر بعواقب وخيمة إذا ما بقي عقد الاستثمار قائماً.

وتبدو أهمية التعرض لدور هيئة التحكيم في فسخ عقد الاستثمار، على اعتبار أنه في بعض الحالات يكون هو الوسيلة والحل الأمثل لتحقيق توازن عقد الاستثمار.

أولاً/ مدى إمكانية فسخ عقد الاستثمار بسبب الظرف الطارئ:

٧٥- والسؤال الذي يلقي بظلاله على بساط البحث يتعلق بمدى إمكانية قيام هيئة التحكيم بفسخ عقد الاستثمار على إثر وقوع الحادث الطارئ؟

ما من شك في أن هيئة التحكيم ملزمة بفسخ العقد مباشرة في حالة إذا ما اتفق أطرافه صراحة على أنه إذا ما وقع حادث طارئ أثناء تنفيذ العقد، فيجب على هيئة التحكيم أن تقضي بفسخه.

(٦٣) المرجع السابق، ص ٤٤٧.

لكن إذا لم يكن هناك اتفاق بين أطراف العقد حول هذا الأمر، فقد ذهب جانب من الفقه الانجليزي إلى أن حدوث الظرف الطارئ لا يمكن الطرف الذي أرقه الالتزام فقط من مجرد دفع مطالبة الطرف المناظر، بل أن العقد ينفسخ في هذه الحالة بقوة القانون^(٦٤).

وعلي صعيد آخر، ذهب جانب من الفقه للقول بأن هذه الحالة تقتضي التفرقة بين أمرين^(٦٥):

الحالة الأولى: إذا كان الظرف الطارئ قد وقع قبل بدء تنفيذ عقد الاستثمار، فيجب على هيئة التحكيم في هذه الحالة أن تقضي بفسخ العقد.

الحالة الثانية: إذا كان الظرف الطارئ قد وقع خلال تنفيذ عقد الاستثمار، فلا تقضي هيئة التحكيم بالفسخ، ولكن يجب عليها أن تسعى إلى إعادة التوازن العقدي، من خلال المقارنة بين ما تم تنفيذه من العقد بالفعل، وما كان متوقعاً تنفيذه.

ويبدو لنا أن كلا من الاتجاهين السابقين لم يراعيان خصوصية عقد الاستثمار ولا خصوصية دور التحكيم في فض منازعاته، فما قال به الرأي الأول من وجوب فسخ العقد تلقائياً لمجرد حدوث الظرف الطارئ أمر لا يتناسب مع مقتضيات استمرار تنفيذ عقد الاستثمار، كما أنه أفقد التحكيم دوره في محاولة تقدير حجم الإرهاق في تنفيذ العقد، وإمكانية استعادة توازنه، يضاف لذلك أن الفقه الانجليزي لا يعرف التفرقة بين القوة القاهرة والظرف الطارئ، حيث ينظر لهما على أنهما من قبيل الحوادث الاستثنائية. أيضاً الرأي الثاني حاول أن يفرق في الحكم بحسب الوقت الذي وقع فيه الظرف الطارئ، وهل هو قبل البدء في تنفيذ العقد أو بعدها، وهو أمر يبدو لنا مقبولاً بالنسبة للعقود الأخرى غير عقد الاستثمار، الذي يجب أن تسعى فيه هيئة التحكيم

(٦٤) راجع:

Egidijus Baranauskas - Paulius Zapolskis, the effect of change in circumstances on the performance of contract, op. cit, p204.

(٦٥) د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

بكل قوة إلى تلافي فسخه على إثر وقوع ظرف طارئ، متبينة في ذلك حلاً يتناسب مع واقع وطبيعة النزاع المثار، بما في ذلك إمكانية تعديل شروط العقد. ومع ذلك يمكن لهيئة التحكيم أن تقضي بفسخ العقد وذلك إذا ما تبين لها بعد استنفاد كافة الوسائل أن هذا هو الحل الذي يحقق التوازن المنشود، وذلك إذا ما تبين لها أن الأمر قد وصل إلى حد الاستحالة في التنفيذ.

ثانياً/ سلطة هيئة التحكيم في حمل المدين على تنفيذ التزامه رغم تحقق الظرف الطارئ:

٧٦- تنطلق أهمية هذا الطرح من المفهوم الموضوعي للإرهاق، من كونه لا يقدر في ضوء طبيعة القدرة الاقتصادية للمستثمر، وإنما في ضوء ما يحيط بتنفيذ المشروع الاستثماري من صعوبات، من ناحية أخرى لا يشترط أن يصل الحال بالمدين إلى حد الخراب الاقتصادي، ولكن يكفي تعسر قدرته على تنفيذ التزاماته، الأمر الذي يدعو للتساؤل عن مدى إمكانية حمل المدين على تنفيذ التزامه رغم تحقق حالة الإرهاق؟ والإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التفرقة بين أمرين:

الأول/ إذا وقعت حالة الإرهاق قبل إبرام عقد الاستثمار، فلا يعتد بهذا الإرهاق^(٦٦)، ويجب على أطراف العقد أن يسعوا إلى تفهم طبيعة أوضاعهم، واتخاذ القرار المناسب لذلك، سواء بالعدول عن إبرام العقد، أو المضي في إبرامه مع مراعاة طبيعة وحجم الإرهاق، ولا يمكن القول بأن للتحكيم دوراً في حمل المدين على تنفيذ التزامه في مثل هذه الحالة، حيث إن التحكيم يستمد وجوده من العقد، وهو لم يبرم بعد. ويطبق الحكم ذاته إذا ما كان الإرهاق لم يظهر إلا بعد الانتهاء من تنفيذ العقد^(٦٧).

الثاني: إذا وقعت حالة الإرهاق بعد إبرام عقد الاستثمار، فلا يمكن لهيئة التحكيم أن تدفع المدين لتنفيذ التزامه كأصل عام بل يحق له أن يطلب من هذه الهيئة فسخ العقد. لكن

(٦٦) المرجع السابق، ص ٢٩١.

(٦٧) د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، (دون دار نشر)، الطبعة الأولى، ١٤١٤-١٩٩٤، ص ٥٢١.

يبدو لنا إمكانية قيام هيئة التحكيم رغم ذلك بحمل المدين على تنفيذ التزامه استناداً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد. فهذا المبدأ يشغل حيزاً مهماً في الفلسفة التي تقوم عليها عقود الاستثمار، خاصة في مرحلة التنفيذ. فارتباط عقد الاستثمار بحجم هائل من الأموال وقيامه على إدارة أحد الموارد الطبيعية للدولة أو مرفق من مرافقها الاقتصادية يمثل دافعاً قوياً لبذل كل طرف من أطرافه مزيداً من حسن النية في تنفيذه، بل يزيد الأمر تأكيداً الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار، من كون تنفيذه مرتبطاً بمدة زمنية معينة، الأمر الذي يجعل من مقتضيات حسن النية ضرورة المضي قدماً في تنفيذ العقد، حتى في ظل وجود الظرف الطارئ، خاصة إذا كان المدين يستطيع ذلك ببذل جهد إضافي. أيضاً يقتضي الأمر ضرورة وجوب سيادة روح التضامن فيما بين المتعاقدين من أجل إنجاز العقد^(٦٨). لكن يجب مع ذلك أن تأخذ هيئة التحكيم في اعتبارها حجم التضحية التي قام بها المدين، ومن ثم يجب الحكم له ببعض المزايا التعويضية، كمد أجل تنفيذ العقد، أو الحكم بالتعويض النقدي عما أصابه من ضرر التنفيذ في مثل هذه الظروف، وهي أن فعلت ذلك تكون قد حققت التوازن الحقيقي لعقد الاستثمار.

وفي كافة الأحوال يجب على هيئة التحكيم أن تتوخي الحرص الشديد قبل أن تقرر اعتبار الحادث من قبيل الظرف الطارئ، وذلك من خلال الوقوف بدقة قدر المستطاع على حجم الإرهاق الذي أصاب المدين على إثر وقوع الظرف الطارئ، ومدى تأثيره على تنفيذه لالتزاماته.

– مدى إمكانية قيام هيئة التحكيم بإلزام الطرف المناظر بتنفيذ التزاماته:

٧٧- إذا كانت اعتبارت معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار تقبل قيام هيئة التحكيم بحمل المدين على تنفيذ التزامه في ظل وجود ظرف طارئ، وذلك

(٦٨) راجع: Munir maniruzzaman, The Concept of Good Faith in International Investment Disputes – The Arbitrator's Dilemma, kluwer Law International, 2012, available at: <http://kluwer.practicesource.com/blog/2012/the-concept-of-good-faith-in-international-investment-disputes-the-arbitrators-dilemma-2/>; State contracts, united nations conference on trade and development, unctad Series on issues in international investment agreements, 2004, p1, available at: http://unctad.org/en/docs/iteit200411_en.pdf

إذا ما أنست منه القدرة على التنفيذ، فالسؤال الذي يثور في هذا الخصوص يتعلق بمدى إمكانية إلزام الطرف المناظر للطرف المنكوب بتنفيذ التزاماته، وهو يرى عجز الطرف الآخر عن تنفيذ الالتزامات الخاصة به؟

المستقر عليه في هذا الشأن أن الطرف المناظر له أن يختار بين أمرين^(٦٩):

الأول: أن يقوم بوقف تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الاستثمار، وذلك إذا ما تبين له وجود عجز خطير في قدرة الطرف المنكوب على إنجاز ما التزم به، وأن هذا العجز قد تحقق بعد إبرام العقد، وتؤكد له بشكل قاطع أن الطرف المنكوب لن يتمكن من التنفيذ. مع ملاحظة أن الأمر هنا سوف يقتصر على مجرد وقف التنفيذ حتى يسترد الطرف المنكوب عافيته ويواصل تنفيذ ما التزم به.

الثاني: أن يطلب الفسخ المبسر للعقد، وذلك في حالة وجود احتمال بارتكاب الطرف المنكوب لمخالفة جوهرية^(٧٠) سوف تمثل انتكاسة في تنفيذه، مع وجود قرائن قوية على ذلك، وأن تكون هذه القرائن قد وقعت بعد إبرام العقد.

ونحن من جانبنا نختلف مع الرأي السابق في شقه الأول، ونتفق معه في شقه الثاني، ففيم يتعلق بالجانب الأول، لا يبدو لنا تناسبه مع اعتبارات الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار واعتبارات حسن النية في تنفيذ العقود، فمرور الطرف المنكوب بضائقة معينة تضعف من ائتمانه أو قدرته على مواصلة العقد، يجب ألا يقابله وقف تنفيذ الطرف المناظر لالتزاماته، حتى لا يزداد الأمر سوءاً. فعقد الاستثمار من العقود التي غالباً ما تتصل بأحد الموارد الطبيعية أو المرافق الاقتصادية للدولة، الأمر الذي يجعل تعطل تنفيذ هذه العقود من شأنه أن يؤثر على قطاع كبير من المجتمع، لارتباطه القوي بالخدمات التي يحصلون عليها من هذه المرافق، الأمر الذي تبدو معه أهمية إلزام هيئة التحكيم للطرف المناظر في استمرار تنفيذه لالتزاماته، لكن مع تقديم

(٦٩) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق، ص ٢٢١ وما بعدها.
(٧٠) ويقصد بالمخالفة الجوهرية بأنها مخالفة أحد أطراف العقد لالتزاماته، على نحو يتسبب في الإضرار بالطرف الآخر ويجرمه بصورة كبيرة من حقوقه الناشئة عن العقد. المرجع السابق، ص ١١٩.

الضمانات الكافية له بالحصول على حقه إذا ما ازدادت أحوال الطرف المنكوب سوءاً، ووصل به الحال إلى عجزه التام عن التنفيذ.

أما فيما يتعلق بالشق الثاني فنحن نتفق معه ونؤيده، حيث إذا ما ظهرت قرائن قوية ودلالات قاطعة على أن الطرف المنكوب سوف يرتكب مخالفة قوية من شأنها أن تمثل انتكاسة في تنفيذ العقد، فيجب على هيئة التحكيم أن تجيب الطرف المناظر لطلبه بفسخ العقد، ويعد هذا الأمر محققاً للتوازن الاقتصادي المنشود، حيث إن تكليف الطرف المناظر بالاستمرار في التنفيذ رغم ارتكاب الطرف المنكوب لمخالفات جوهريّة من شأنها أن تفضي للإضرار الشديد به، لما سوف يمثله من تحامل شديد عليه، من شأنه أن يفقد العقد لتوازنه.

المطلب الثاني

معالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار

على إثر مخالفة شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس

٧٨- كما سبق أن ذكرنا تمثل شروط الثبات التشريعي وعدم المساس أهمية خاصة بالنسبة للمستثمر في عقود الاستثمار، باعتبارها ضمانة لا غنى له عنها لمواجهة تدخلات الدولة، سواء بتعديل التشريعات التي أبرم عقد الاستثمار في ظلها، أم بالانفراد بتعديل العقد دون الرجوع للمستثمر.

أولاً/ التحكيم والتصدي لمخالفة شروط الثبات التشريعي وعدم المساس:

٧٩- وفي هذا المقام تبدو أهمية التساؤل حول ماذا لو أن عقد الاستثمار قد أبرم في ظل تشريع يحظر على الدولة التأمين أو نزع الملكية، واشترط المستثمر ثبات هذا التشريع، وعدم خضوعه لأي تشريع جديد يمكن الدولة من تأمين مشروع، ثم خالفت الدولة ما تم الاتفاق عليه، وقامت بتأمين هذا المشروع، فما هو دور التحكيم لمعالجة اختلال التوازن الاقتصادي الناشئ عن ذلك؟

يرى جانب من الفقه^(٧١) في سبيل الإجابة عن التساؤل ضرورة التفرقة بين أمرين: الأول/ إذا كانت الدولة تهدف من وراء التشريع الجديد إلى تحقيق مصلحة عامة: فإن الدولة في مثل هذه الحالة لا تعتبر قد أخطأت، لكن يحق للمستثمر مع ذلك طلب إعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار ليتلاءم مع الظروف الجديدة، أو فسخه إذا كان استمرار تنفيذ العقد يبدو مستحيلاً مع التعويض.

الثاني/ إذا كانت الدولة تهدف من وراء التشريع الجديد إلى الإضرار بالمستثمر: حيث تسيء الدولة في مثل هذه الحالة استعمال سلطاتها التشريعية، من خلال الاعتداء على العقد، الأمر الذي يجعلها مسئولة عن تعويض المستثمر عما أصابه من ضرر، وذلك على الرغم من تسليم أصحاب هذا الرأي بصعوبة البحث عن نية الدولة من وراء إصدار التشريع.

ويبدو لنا أن الرأي السابق قد حمل بين طياته آفة نقضه، حيث إنه علق عمل هيئة التحكيم أثناء سعيها لاستعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار على البحث عن نية الدولة من وراء إصدار التشريع الجديد، وهل هو تحقيق المصلحة العامة أم مجرد النكاية والكيد في المستثمر. ولا شك في صعوبة الاعتماد على هذا المعيار، ليس فقط لأن النية أمر غير قابل للقياس ويصعب الوقوف عليها بدقة، ولكن أيضاً لأنه من الصعب تصور سعي الدولة من وراء إصدار تشريع ما إلى الإضرار بشخص معين، حيث يعد هذا انحرافاً في استخدام الدولة لسلطاتها التشريعية من ناحية، وفقدان التشريع لأحد أهم خصائص القاعدة القانونية، وهي العمومية والتجريد. فالدولة تسعى من وراء ما يصدر عنها من قوانين إلى تنظيم المجتمع وإعلاء مصالحه العليا، وإذا حدث وأصيب فرد أو جماعة معينة بضرر، فيجب تغليب المصلحة العليا للمجتمع، وأن القول بغير ذلك من شأنه أن يغفل يد المشرع فيصاب المجتمع بالجمود.

(٧١) راجع هذا الرأي لدي د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧٢٩.

لذلك ذهب اتجاه آخر من الفقه^(٧٢) للقول بأنه في حالة مخالفة الدولة لشرط الثبات التشريعي فإنه يجب على هيئة التحكيم تحديد طبيعة الجزاء بالنظر لطبيعة المزايا والضمانات التي تم المساس بها، فإذا تم تعديل التشريعات الخاصة بالشؤون المالية، كالضرائب والرسوم من خلال زيادة المبالغ عما كان عليه الحال وقت إبرام العقد، كان من حق هيئة التحكيم أن تحتفظ بالتوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار من خلال الحكم بعدم سريان التعديل الجديد على هذا العقد. ويعد هذا الحكم في هذه الحالة بمثابة تنفيذ لمبدأ الثبات التشريعي بصورة عينية.

وقد جاء تطبيقاً لذلك عقد قناطر إسنا المبرم عام ١٩٨٦، حيث جاء في المادة (٣٠) منه ما يفيد تثبيت التشريعات الخاصة بالضرائب والتأمين الاجتماعي والأسعار الرسمية للأسمنت والحديد والأخشاب والزيوت والكهرباء حماية لشركة المشروع من أية تقلبات في الأسعار من شأنها أن تحدث خللاً في التوازن الاقتصادي للعقد، وأنه في حالة مخالفة ذلك فإن الأسعار ورسوم الضرائب والتأمينات الإضافية تعاد للمقاول بفاتورة منفصلة أو تخصم منه في حالة النقصان، وذلك بالخصم من مدفوعاته^(٧٣).

والملاحظ على هذا النص أنه لم يكتف فقط بوضع شرط الثبات التشريعي، ولكنه نظم أيضاً الآلية التي يتم من خلالها تثبيت التشريعات القديمة، وذلك من خلال إعادة الرسوم والأسعار الزائدة بفاتورة منفصلة، وليس من خلال عدم تطبيق التشريع الجديد، لما في ذلك من المساس بقواعد النظام العام^(٧٤).

أما إذا تعلقت التعديلات الجديدة بالتأمين أو نزع الملكية، فإن هيئة التحكيم لا يجوز لها أن تلزم الدولة بالتراجع عن قرارها، على الرغم من وجود شرط الثبات التشريعي في عقد

(٧٢) المرجع السابق، ذات الموضع.

(٧٣) راجع: د. أحمد السعيد الزقرد، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز، مقدم لمؤتمر البترول والطاقة: هموم عالم واهتمامات أمة، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، في الفترة ما بين ٢ - ٣ أبريل ٢٠٠٨، ص ١٥.

(٧٤) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧٣٢.

الاستثمار، وذلك حتى ولو كان عقد الاستثمار لا يخضع لقانون الدولة المضيفة للاستثمار^(٧٥). وقد جاء تطبيقاً لذلك في قضية ليماكو Limaco ضد الحكومة الليبية، حيث خلصت هيئة التحكيم إلى رفض مبدأ التنفيذ العيني من خلال إلغاء تـشـريعات أو قرارات الدولة، وبالتالي لا يجوز رفض مبدأ التنفيذ العيني لقوانين التأمين، وقد قام هذا النهج على أساس أن مبدأ إعادة الحال إلى ما كان عليه لم يجر عليه العمل في القضايا الدولية المشابهة، كما أنه من الصعب من الناحية العملية تنفيذ هذا الحكم التحكيمي، لما يتضمنه من المساس بسيادة الدولة كطرف في النزاع، وبالتالي هناك استحالة ضمنية للتنفيذ العيني لحكم التحكيم في منازعات الاستثمار^(٧٦).

وهذا لا يعني إهداراً لقيمة شرط الثبات التشريعي، حيث إنه سيظل ضماناً تشريعية للمستثمر، ولكن كوسيلة لحصوله على تعويض. فإثناء العقد قبل حلول أجله بالتأمين أو نزع الملكية، وبالمخالفة للشروط التعاقدية ينشأ للمستثمر حق في الحصول على تعويض. لكن قيمة التعويض في هذه الحالة سوف تكون أكثر ارتفاعاً من الحالات الأخرى التي لا يتضمن فيها عقد الاستثمار شرط الثبات التشريعي، حيث إن وجود هذا الشرط وعلى حد تعبير أنصار هذا الاتجاه يعد ظرفاً خاصاً يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض المستحق للمستثمر. حيث إن وجود هذا الشرط يجب أن يعوض المستثمر ليس فقط عما لحقه من خسارة ولكن أيضاً ما فاتته من كسب كان يمكن أن يتحقق خلال الفترة التي كان من المتوقع بقاء المشروع خلالها.

وقد دعم أنصار هذا الاتجاه موقفهم بعدة تبريرات:

١. إنه يتفق مع القواعد التقليدية للمسئولية التعاقدية للدولة، والتي تعتبر أن مجرد إنهاء الدولة للعقد لا يشكل عملاً غير مشروع.
٢. إنه يُفعل من دور شرط الثبات التشريعي ويجعل له جدوى وفائدة، الأمر

(٧٥) المرجع السابق، ص ٧٥٦.

(٧٦) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

الذي يجعله من عوامل جذب الاستثمار.

٣. أن إعطاء شرط الثبات التشريعي وظيفة مالية يسهل على الدولة تضمين عقد الاستثمار شرط الثبات التشريعي، كما أنه يمكن الدولة من وضع قواعد محددة يحسب على أساسها قيمة التعويض المستحق، مما من شأنه تفادي الكثير من المشاكل التي من شأنها أن تثور.

ثانياً/ رأينا الخاص في دور التحكيم في معالجة آثار مخالفة شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس:

٨٠- نحن من جانبنا لا نتفق مع الآراء السابقة، والتي تفرق في تطبيق شرط الثبات بحسب طبيعة التشريع الصادر عن الدولة، وما إذا كان قد صدر بالتأميم أو بمجرد تعديل التشريعات الضريبية أو المالية، حيث يجعل الجزاء يتوقف على ما إذا كان من الممكن التنفيذ العيني له أم لا.

مما لا شك فيه أن شرط الثبات التشريعي يعد من الشروط التي أثارت جدلاً واسعاً بسبب تعارض مصالح أطراف عقد الاستثمار بخصوصه، الأمر الذي يجب معه توظيف هذا الشرط للحفاظ على التوازن الاقتصادي لهذا العقد.

٨١- ولن يتأتى هذا إلا بالاعتراف بشرط الثبات التشريعي وأثره القانوني إذا ما تم الاتفاق عليه في عقد الاستثمار، وذلك للأسباب التالية:

١- أن من أهم مقتضيات حفظ الدولة لسيادتها هي احترام تعهداتها العقدية، وعدم المساس بها، ومن ثم من غير المقبول أن تتفق الدولة على شرط الثبات التشريعي في العقد، ثم تعود وتصدر تشريعات جديدة وتفرض سريانها على هذا العقد. فالدولة يجب أن تحترم القوة الملزمة للعقد.

٢- من ناحية أخرى يجب على الدولة أن تشجع الاستثمار بتوفير الضمانات الكافية، والتي على رأسها دعم ثقة المستثمر فيما يصدر عنها من تعهدات، خاصة ما تم الاتفاق عليه صراحة في العقد.

٣- إن هناك واقعاً يجب ألا ننكره، وهو أن الكثير من الاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم تتعامل مع شرط الثبات التشريعي على أنه شرط يتمتع بذاتية واستقلالية خاصة (مثله في ذلك مثل شرط التحكيم وقاعدة الذهب)، يستمدّها من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص، وذلك بصورة مستقلة عن النظام القانوني الوطني.

٨٢- وعلى الرغم من التسليم الكامل بكافة العوامل السابقة، إلا أننا يجب ألا ننكر حق الدولة الأصيل في سريان تشريعاتها كي تواكب المستجدات الطارئة على ساحة المعاملات الاقتصادية والاجتماعية، خاصة إذا تعلق الأمر بمواردها الاقتصادية ومرافقها الحيوية، وذلك للأسباب التالية:

١/ إن مبدأ سيادة الدولة على مواردها الاقتصادية أمر معترف به من قبل كافة التشريعات الوطنية، ويدعمه القانون الدولي بشدة، فالدولة عندما تصدر قراراتها بالتأميم ونزع الملكية لا تتحمل أية مسؤولية عن ذلك^(٧٧). كما أنها لا تقصد من وراء إصدار قراراتها بالتأميم أو نزع الملكية معاقبة المستثمر، ولكنها تسعى إلى تحقيق المنفعة العامة مستعملة في ذلك سلطاتها السيادية^(٧٨).

٢/ إن عقود الاستثمار لا تعد من العقود التقليدية التي يمكن أن تبقى جامدة وثابتة دون تغيير خاصة أنها تمتد لفترات طويلة من الزمن تجعلها تساير المستجدات الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثم لا يقبل القول بتجميد سريان التشريعات الجديدة على هذه العقود، وبالتالي لا يمكن الانحياز المطلق لدعوات المستثمر القائمة على

(٧٧) فقد نصت الفقرة الرابعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣ الصادر عام ١٩٦٢ على أنه "يجب مراعاة تأسيس التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة للمنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية المقدمة على المصلحة الخاصة، على أن يدفع للمالك في هذه الحالة التعويض الملائم وفقاً للقواعد السارية في الدولة" أيضاً جاء في الفقرة الثامنة من ذات القرار "..... على الدول والمنظمات الاحترام الدقيق لسيادة الدول والشعوب على مواردها وثروتها الطبيعية وفقاً للميثاق والمبادئ التي يتضمنها هذا القرار".

General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, "Permanent sovereignty over natural resources", available at: <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/resources.pdf>

(٧٨) د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨١١.

التمسك الحرفي بمبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي يسعى من ورائه إلى الاستفادة المطلقة بكافة ثمار العقد دون أن يراعي تغير الظروف عما كان عليه الحال وقت إبرام العقد، وذلك على النحو الذي من شأنه الإضرار بالدولة وبمصالحها الحيوية.

٣/ إن التشريعات الوطنية والدولية مستقرة على قبول فكرة تعديل العقود وتغييرها إذا ما تغيرت الظروف الاقتصادية العامة المحيطة بها، وذلك على النحو الذي يظهر فيه العقد كعبء على أحد أطرافه^(٧٩).

وبناء عليه يبدو لنا القول بصحة شرط الثبات التشريعي وتمتعه بالآثار القانونية الكافية للاعتراف بالزاميته، لكن ليس بوصفه قيداً على السلطة التشريعية للدولة، ولكن بصفته مصدراً قوياً للمستثمر في الحصول على تعويض كاف عن تغيير الدولة لتشريعاتها التي كانت سائدة وقت إبرام العقد، والتي عول عليها المستثمر، والتعويض هنا ليس عن خطأ صدر عن الدولة تجاه المستثمر، ولكن لاستعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار الذي أختل على إثر تغير التشريعات التي كانت سائدة وقت إبرام العقد.

والملاحظ أن قيمة التعويض في هذه الحالة سوف تكون مرتفعة عن حالة عدم تضمن عقد الاستثمار لشرط الثبات التشريعي، حيث يعوض المستثمر في هذه الحالة بقدر ما يعيد له توازن عقد الاستثمار، فلو أن العقد قد نص على أن مدته عشر سنوات، ثم صدرت تشريعات تحرم المستثمر من ربح كان متوقعاً، أو تحرمه من ميزة خاصة، فيجب أن يحصل على مبلغ يعوضه عن المنافع التي فقدتها عن باقي مدة العقد، ليس تعويضاً عن ضرر أذاه، ولكن لاستعادة التوازن الاقتصادي لعقده.

(٧٩) فالقانون الفرنسي يعرف نظرية *la imprevision contractual*، والتي تسمح بتغير العقد إذا ما حدثت متغيرات لم يكن من الممكن التنبؤ بها وقت إبرام العقد. أيضاً عرف القانون الألماني نظرية مشابهة تعرف باسم *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. وعلى الصعيد الدولي فقد جاء في معاهدة فيينا الخاصة بالمعاهدات الدولية في المادة (٦٢) منه على "لا يجوز الاستناد إلى التغير الجوهرى غير المتوقع في الظروف التي كانت سائدة عند إبرام المعاهدة كسبب لانتهاء المعاهدة أو الانسحاب منها إلا إذا توافر شرطان: الأول/ إذا اعتبرت هذه الظروف أساساً هاماً لارتضاء أطراف المعاهدة، الثاني/ إذا ترتب على التغير تعديل جذري في نطاق الالتزامات التي يجب أن تنفذ مستقبلاً طبقاً للمعاهدة. د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧٣٥.

ولاشك أن في إعطاء شرط الثبات التشريعي قيمة مالية على النحو السابق من شأنه أن يوفق بين الاعتبارات الخاصة بقبوله ورفضه بين المستثمر والدولة، فقبول الشرط وإقرار قيمته القانونية له عظيم الأثر على نفس المستثمر، ويحقق له الضمان المنشود، كما أنه من ناحية أخرى لن يشكل قيداً على السلطة التشريعية للدولة، حيث إنه وفق التفسير السابق سيقصر أثره فقط على إلزام الدولة بالتعويض دون أن يحول بينها وبين إنفاذ إرادتها التشريعية.

والجدير بالذكر أن التحكيم يتمتع بخصوصية في استعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار في حالة عدم إعمال شرط الثبات التشريعي، وتنطلق هذه الخصوصية من الطبيعة غير القانونية لمنازعات اختلال التوازن الاقتصادي. فهذه المنازعات لا تتعلق بإخلال أحد الأطراف في تنفيذ التزاماته، أو بالتفسير الصريح أو الضمني لنصوص العقد، وإنما تتعلق بإعادة مراجعة شروطه بغية تطويعها بما يتلاءم مع مستجدات الأحداث^(٨٠)، بما يضفي على هذه المنازعات الطابع التفاوضي التوفيقية. الأمر الذي يحتاج إلى فهم خاص لطبيعة مراكز أطراف العقد، والإلمام الجيد للتقلبات الاقتصادية الواقعة، ومدى تأثيرها على توازن العقد^(٨١).

نخلص من ذلك إلى أن التحكيم يمكن أن يلعب دوراً كبيراً في منازعات استعادة التوازن الاقتصادي، بفضل ما يتيح التحكيم من إعادة التفاوض، والذي لا يحتاج إلى معالجة قضائية بالمعنى المعروف بقدر ما تحتاج إلى معالجة توفيقية متبصرة بواقع المنازعة وملاساتها.

(٨٠) ومثال على ذلك ما نص عليه عقد الاستثمار المبرم بين الحكومة النيجيرية وشركة شل، المبرم في ٢٥ يوليو ١٩٦٢، حيث جاء في المادة (١٨) منه أنه يجب مراجعة شروط عقد الاستثمار خلال عشر سنوات من تاريخ إبرامه. أيضاً أعدت جمعية القانون الدولي عقداً نموذجياً خاصاً بالاستثمارات في الدول النامية، جاء فيه أنه يجب على أطراف العقد الالتقاء كل خمس سنوات من أجل تحديثه. ويلاحظ أن غالبية عقود الامتياز البترولية تتضمن نصوصاً تحدد المسائل التي يجب مراجعتها كل فترة زمنية معينة، فقد جاء في المادة (١/١٢) من الاتفاق الموقع بين دولة الكويت وشركة دراى اكسبلوريش المحدودة في ٨ مارس عام ١٩٢٣ بأن تخضع نسبة العائدات للمراجعة بعد موافقة الطرفين بعد اثني عشر عاماً من تاريخ هذه الاتفاقية. د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٨١) راجع: Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development, op. cit, p 3.

وبناء عليه نتفق مع ذلك الجانب من الفقه^(٨٢) الذي يرى ضرورة حرص أطراف عقد الاستثمار على التنبه إلى ضرورة صياغة إجراءات خاصة تراعي أن يتضمن تشكيل هيئة التحكيم عناصر متخصصة تمتلك ملكات تفاوضية تنسيقية، كما يجب على هذه الأطراف كذلك صياغة إجراءات التحكيم بما يجعلها تسمح بمشاركتهم في صنع القرار النهائي لفض المنازعة^(٨٣).

ويجب على هيئة التحكيم في كافة الأحوال قبل أن تشرع في نظر مثل هذه المنازعات أن تتأكد من جدية الظروف المستجدة، وجدية تأثيرها على التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار. من ناحية أخرى يجب أن تحرص هيئة التحكيم وأطراف المنازعة عند نهاية التفاوض، أن تحسن صياغة شروط العقد وجعلها مراعية لخصوصيات عمليات التنمية الاقتصادية بمفهومها الشامل، وذلك لضمان استمرار العقد أكبر فترة ممكنة في ظل أقصى مستوى من التوازن بين الأطراف.

٨٣- ويمكن أن يظهر التعويض الذي تحكم به هيئة التحكيم على النحو التالي^(٨٤):

- ١- إعفاء المستثمر من تنفيذ الالتزامات الواقعة عليه، إذا ترتب على التدخل التشريعي للدولة جعل تنفيذ المستثمر لالتزامه أمراً مستحيلاً، كصدور تشريع يحظر استيراد بعض السلع التي لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج.
- ٢- إعفاء المستثمر من الغرامات المالية عن التأخير في تنفيذ الالتزام، وذلك إذا ما ثبت أن التشريع الصادر عن الدولة من شأنه جعل تنفيذ المستثمر لالتزامه مرهقاً.

- ٣- تمكين المستثمر من طلب فسخ العقد، وذلك إذا ما ترتب على التشريع الجديد زيادة أعبائه على النحو الذي لا يمكن له أن يتحمله.

ويمكن لهيئة التحكيم إذا ما تعددت الأضرار التي لحقت بالمستثمر أن تجمع بين

(٨٢) د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٨٣) راجع: 3. p. cit, op. cit, Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development.

(٨٤) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ٧٤٨.

أكثر من خيار من الخيارات السابقة، كما لو حكمت بدفع التعويض وعدم توقيع غرامات التأخير، أو تحكم بالفسخ والتعويض.

واستشهاداً على صحة ما نقول، فقد صدر عن محكمة التحكيم بلاهاي عام ١٩٢٢ حكم تحكيمي بمناسبة قيام الولايات المتحدة بالاستيلاء على بعض السفن النرويجية، والذي قضي فيه بأن الدولة لا يجوز لها أن تمارس الاستيلاء على ممتلكات مواطني دولة أخرى من أجل الصالح العام، دون احترام للحقوق المكتسبة لكل أجنبي، أو بغير دفع تعويض مناسب يحدد بمعرفة محكمة محايدة، وهذا وفق ما قرره الدستور الأمريكي^(٨٥).

صفوة القول أن شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس شروط ليست مقصودة لذاتها، وإنما القصد الأساس منها الحفاظ على الضمانات التي حصل عليها المستثمر أثناء إبرام العقد، وبالتالي يجب على هيئة التحكيم عندما تتصدى لتفسير هذه الشروط أن تراعي ذلك.

المبحث الثالث

ذاتية التعويض المستحق على إثر اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار

٨٤- عالج العديد من التشريعات التعويض المستحق على إثر وقوع اختلال في التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، ولكن الملاحظ أنها تعاملت مع هذا التعويض على فرض أن المستثمر قد لحقه ضرر، ولم تتطرق لتعويض الدولة إذا ما تسبب اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار في الإضرار بمصالح الدولة ومقدراتها.

والجدير بالإشارة أن التعويض في منازعات الاستثمار له طابع مميز، يتمثل في أنه يقدر في ضوء الاعتبارات الاقتصادية السائدة وقت وقوع الضرر، وقد أسفر هذا الربط عن وجود قواعد تحكيمية خاصة بتحديد الضرر القابل للتعويض في منازعات

(85) " the Norwegian owners of these contracts were protected by the fifth amendment of the Constitution of the United States against any expropriation not necessary for public use, and that they are entitled to just compensation if expropriation occurs". Permanent Court of arbitration, Norwegian ship-owners claims, Norway V. United states of America , The Hague, 13 October 1922.

الاستثمار. فالمحكمون في هذه المنازعات غالباً لا يعتمدون على الأنظمة القانونية الوطنية في تقييم الضرر، بل يعتمدون على مبادئ عامة ثابتة في منازعات التحكيم، مستمدة أصلاً من قواعد قانون التجارة الدولية، سواء اختار أطراف النزاع هذه القواعد أم لا^(٨٦).

والملاحظ أن التشريعات قد تباينت فيما بينها بصدد النص على التعويض المستحق على إثر اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار، فمنها من لم يتطرق مطلقاً لذكر التعويض، مثل التشريع المصري والمغربي واللبناني، والبعض الآخر ذكر صراحة وجوب التعويض، لكنه لم ينظم أحكامه، كما هو الحال في التشريع العماني والتشريع السوري والتشريع السعودي، وظهر الصنف الثالث من التشريعات مقررًا وجوب الحصول على التعويض، ووضع تفصيلاً لأحكام الحصول عليه.

- طبيعة التعويض المستحق لاستعادة التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار:

٨٥- مما لا شك فيه أن التعويض العيني هو النموذج المثالي للتعويض الذي يمكن من خلاله استعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وذلك لما تتيحه هذه الصورة من استعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه.

وتبين من خلال العديد من تشريعات الاستثمار أن غاليته قد عرفت عن إقرار التعويض العيني لما يصيب عقد الاستثمار من اختلال، وذلك باستثناء ما جاء في المادة ١ / ١ من اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، حيث جاء فيها "يكون التعويض نقدياً إذا ما تعذر إعادة الاستثمار إلى حاله قبل وقوع الضرر".

(٨٦) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٤٨.
" The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it – such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law". Abby Cohen Smutny, Principles relating to compensation in the investment treaty context, IBA Annual Conference, Chicago Investment Treaty Arbitration Workshop September 19, 2006, p3.□

فهذا النص قد جعل الأساس والقاعدة في التعويض المستحق عن اختلال عقد الاستثمار هو التعويض العيني، فإذا ما تعذر ذلك، يتم الاستعاضة عنه بالتعويض النقدي.

وبناء عليه إذا ما لحق المستثمر ضرر بسبب تحصيل الدولة لمبالغ ضريبية زائدة، أو غير واجبة، أو حرمت المستثمر من مزايا وإعفاءات تقرر للمستثمر الوطني (على خلاف ما تم الاتفاق عليه من شرط المعاملة بالمثل)، فيقتضي التعويض العيني في هذه الحالة رد المبالغ الضريبية الزائدة للمستثمر، ومنحه ذات الإعفاءات والمزايا التي حصل عليها المستثمر الوطني.

ويذهب جانب من الفقه^(٨٧) للقول بأن التطبيق العملي للتصور السابق أمر صعب من الناحية العملية، وذلك بسبب أن الظروف تتغير في الفترة ما بين تحقق الضرر والفصل في النزاع، وذلك على النحو الذي يجعل التعويض العيني من خلال استعادة الوضع السابق ضرباً من ضروب المستحيل، خاصة إذا كان الضرر ناجماً عن استيلاء الدولة على ممتلكات المستثمر، حيث يتمثل الضرر الذي يصيب المستثمر في هذه الحالة في أمور يصعب تصور إعادتها لما كانت عليه؛ كفقدته لعملائه، وانخفاض قيمة الأسهم في البورصة، لذلك يكون من الأفضل دائماً اللجوء للتعويض النقدي.

ويبدو لنا عدم قبول القول باستحالة التعويض العيني بصورة مطلقة، ووجوب توقف الأمر على طبيعة الضرر المتحقق، حيث يجب على هيئة التحكيم البحث أولاً عن مدى إمكانية التعويض العيني سواء بصورة مباشرة من خلال إعادة الحال لما كان عليه، أم بصورة غير مباشرة من خلال إمكانية إعادة التفاوض بين الدولة والمستثمر على حلول بديلة للتعويض العيني، وذلك كما في حالة تحصيل ضرائب زائدة أو غير مستحقة، أو حرمان المستثمر من المزايا والإعفاءات المقررة للمستثمر الوطني، ويعود

(٨٧) د. حمدى محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، المرجع السابق، ص ٨٢٣.

ذلك إلى أن التعويض العيني أكثر فاعلية في جبر الضرر، كما يمكن هيئة التحكيم أن تتفادى تغير الظروف في الفترة بين وقوع الضرر والفصل في النزاع، من خلال تعويض نقدي يتلاءم مع ما أصاب المضرور من خسارة وما فاتته من كسب^(٨٨)، بمعنى آخر يمكن هيئة التحكيم أن تجمع بين التعويض العيني والنقدي بما يتناسب مع طبيعة الضرر وظروف عقد الاستثمار.

أما إذا استحال التعويض العيني، كما في حالات التأميم ونزع الملكية للمنفعة العامة، فهنا لا سبيل أمام هيئة التحكيم سوى الحكم بالتعويض النقدي، وذلك بالقدر اللازم لاستعادة توازن عقد الاستثمار.

ما من شك في أن معالجة اختلال توازن عقد الاستثمار لا يكون إلا بقيام هيئة التحكيم بتقدير تعويض يتناسب مع كافة الأضرار التي وقعت على إثر هذا الاختلال لاستعادة التوازن المنشود.

وإذا كان تقدير التعويض المستحق سوف يراعي الخسائر التي وقعت بسبب اختلال توازن العقد، فإن التساؤل الذي أثار الاختلاف كان حول مدى إمكانية التعويض عن الضرر الاحتمالي، والمكاسب الفائتة؟

المطلب الأول

التعويض عن الضرر الاحتمالي في عقود الاستثمار

٨٦- يعرف الضرر الاحتمالي بأنه عبارة عن ذلك الضرر الذي يتوقع حدوثه في المستقبل، فهو لم يحدث بعد، وليس من المؤكد حدوثه.

وتسود الأوساط التحكيمية اتجاه رافض للتعويض عن الضرر الاحتمالي، دون أن يكون هناك تبرير متفق عليه في هذا الخصوص، حيث يرى البعض أن هناك شكاً في إمكانية التعويض عن الضرر الاحتمالي، وذلك لعدم القدرة على تحديد مدى تحقق هذا الضرر من عدمه، وصعوبة تقدير حجم الخسائر الناجمة عن ذلك بدقة، ولا يمكن

(٨٨) راجع: Todd Weiler, International Investment Law and Arbitration, op. cit, p363.

تفادي ذلك بترك المسألة لتقدير القضاء^(٨٩). بينما يرى البعض الآخر أن العلة الحقيقية تتمثل في أن هذا يعد من قبيل التعويض عن أضرار غير مباشرة^(٩٠).

وقد جاء تطبيقاً لذلك في قضايا التحكيم ما ادعاه المستثمر من أن القرار الصادر عن الدولة بنزع ملكية مشروعه لم يترتب عليه فقط زيادة خسائره، ولكن أيضاً فوت عليه فرص إيجاد حلول فعالة لمشاكله الاقتصادية، وطالب على هذا الأساس بتعويض قدره ثمانية ملايين دولار، لكن هيئة التحكيم لم تقض له سوى بمليون دولار فقط، وذلك عن الأضرار التي وقعت بالفعل وليس عن الضرر الاحتمالي.

وفي واقعة مشابهة قامت حكومة المكسيك عام ١٩٨٣ بنزع ملكية أحد مناجم البترول التي كانت مستغلة من قبل أحد الشركات الأجنبية. وقد رفضت هيئة التحكيم دفع تعويضات للشركة المستغلة عن الأرباح المستقبلية التي كان من المتوقع تحقيقها، وذلك عما كان في باطن الأرض من بترول وقت نزع الملكية^(٩١).

ونحن من جانبنا نسلم بوجود صعوبة في التعويض عن الضرر الاحتمالي في عقود الاستثمار، وذلك لاعتمادها على القدرة الشخصية للمدعي على إقناع هيئة التحكيم بوجود ضرر احتمالي، كما أنها تحتاج إلى تمتع هيئة التحكيم بالقدرة على تحليل الأحداث المستقبلية وهي مسألة لا يتحقق فيها اليقين الكافي للحكم بالتعويض. فإثناء عقد الاستثمار بالتأميم مثلاً، لا يمكن معه التأكد بشكل محقق وثابت من أن هناك كسباً كان من المحتمل تحقيقه، خاصة أن الاستثمار يتحكم في وجوده وكسبه وخسارته عوامل عديدة بعضها يأتي من داخل الدولة المضيفة للاستثمار، وبعضها الآخر يأتي من الخارج.

(٨٩) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٥١.

(٩٠) المرجع السابق، ص ٥١.

(٩١) راجع هذه الأحكام لدى د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨٢٤.

- التعويض عن الضرر غير المتوقع:

٨٧- والسؤال الذي يثور في هذا الخصوص، هل يدخل في حساب التعويض المستحق لاستعادة توازن عقد الاستثمار الضرر غير المتوقع وقت إبرام العقد؟
المستقر عليه في معظم التشريعات القانونية أن التعويض عن المسؤولية العقدية قاصر فقط على الضرر المتوقع فيما عدا حالي الغش والخطأ الجسيم. كما أن المعتدي لا يسأل إلا عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر، مادام في وسع المضرور تلافيه ببذل جهد معقول^(٩٢).

ويعكس هذا الأمر حقيقة هامة، تتمثل في أن الأصل في تقدير التعويض مرتبط بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور، ولا يعتد بطبيعة السلوك في هذا التقدير إلا في حالات الغش والخطأ الجسيم، بدليل أنه لا يدخل الضرر غير المتوقع في تقدير التعويض المستحق إلا في حالات الغش والخطأ الجسيم.

ويرجع البعض تبرير هذا الأمر إلى فكرة الإرادة المفترضة، فالمتعاقدان وقت التعاقد تعاقد على ما امتد إليه نطاق توقعهم، وقاما على أساس ذلك برسم حدود التزاماتها المتبادلة، وبناء عليه لا يتحمل المدين مسؤولية التعويض عن خطئه العقدي إلا في حدود الأضرار التي توقعها فقط وقت التعاقد. وما هذا إلا تجسيد حي لمبدأ سلطان الإرادة^(٩٣).

ويبدو لنا أن مقتضيات التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار تفرض على هيئة التحكيم ألا يسأل المدين عن الأضرار غير المتوقعة، حيث إن هذا الأمر يفاقم من زيادة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، حيث سيؤدي إلى زيادة في تكلفة المسؤولية، ومن ثم عرقلة حركة الاستثمارات، حيث سيشكل التعويض عبئاً لا يمكن أن تتحمله الدولة أو المستثمر، وبالتالي لا يليق بهيئة التحكيم وهي تسعى إلى معالجة اختلال توازن عقد

(٩٢) راجع: د. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النشر القلم للنشر والتوزيع المنصورة، ٢٠٠٠، ص ٢٨٩.

(٩٣) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٦٥.

الاستثمار أن تسهم في إضعاف الاستثمارات من خلال المبالغة في حجم التعويضات المستحقة، بالتعويض عن الأضرار غير المتوقعة^(٩٤). يضاف لذلك أن اعتبارات العدالة ومقتضيات احترام سلطان الإرادة تقتضي ألا يكلف المدين بأكثر مما يطيق، حيث إن ذلك يتنافى مع فكرة عدالة التعويض. علاوة على كل ذلك أن عقود الاستثمار تنطوي في الغالب على انتقال لرؤوس الأموال الأجنبية، وهو ما يجعل تنفيذ التزامات أطراف عقد الاستثمار متأثراً بشدة بالعديد من العوامل والمؤثرات الوطنية والدولية التي يصعب حصرها أو التنبؤ بها، خاصة بعد ما شهدته المجتمعات من عولمة الاقتصاد، الأمر الذي جعل المؤثرات أو التقلبات الاقتصادية التي تقع في دولة ما تؤثر وبصورة مباشرة في الدول الأخرى، كما حدث في الأزمة المالية العالمية.

والمستقر عليه فقهاً وقضاء أن توقع الضرر يقاس بمعيار موضوعي مجرد عن الظروف الشخصية الخاصة بالمدين، وهو معيار الشخص العادي متوسط الذكاء والفطنة، وذلك بالنظر إلى أن المعيار الشخصي يتسم بعدم الدقة، لاعتماده على أمور خفية يصعب الكشف عنها وقياسها بوضوح.

والجدير بالذكر، أن أطراف عقد الاستثمار يمكنهم عند إبرام العقد أن يعدلوا من القواعد السابقة، بحيث يتم الاتفاق على تشديد المسؤولية، فيسأل المدين مثلاً عن الضرر غير المتوقع، أو الضرر الاحتمالي، أو الاتفاق على معيار آخر يقاس به سلوك المدين، يزيد أو يقل عن سلوك الشخص العادي.

لذلك يبدو لنا أهمية وخطورة صياغة عقد الاستثمار خاصة بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار، والتي غالباً ما تندفع على إثر رغبتها وحاجتها للاستثمار الأجنبي إلى الرضوخ لرغبات المستثمر بإضافة اتفاقات معدلة لقواعد المسؤولية وذلك على النحو الذي يفضي في نهاية الأمر إلى إثقال كاهل الدولة بتعويضات كبيرة. فالمشكلة ليست في التحكيم كوسيلة اتفاقية لفض منازعات الاستثمار، ولكن في الشروط والبنود

(٩٤) المرجع سابق، ص ٦٧.

المجحفة التي يظهر عليها عقد الاستثمار، والتي لا تعطي لهيئة التحكيم الفرصة كاملة لمعالجة اختلال التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار.

المطلب الثاني

التعويض عن فوات الفرصة في عقود الاستثمار

٨٨- يعرف تفويت الفرصة بأنه عبارة عن ضرر يصيب الدائن بالالتزام يتمثل في ضياع الكسب رغم احتمال الخسارة.

ويشهد القضاء التحكيمي استقراراً في أن تفويت الفرصة يعتبر ضرراً محققاً، وليس مجرد ضرر احتمالي.

أيضاً عندما نظر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) المنازعة بين الشركة الآسيوية للمنتجات الزراعية (AAPL) وAsian Agricultural product (AAPL) وحكومة سيرلانكا بتاريخ ٢٧/٥/١٩٩٠، والتي تمثلت وقائعها في أن الشركة سابقة الذكر قامت باستثمارات في الإنتاج الزراعي بعد أن حصلت على موافقة السلطات المختصة على ذلك. وقد تقدمت شركة (AAPL) للحصول على تعويض من حكومة سيرلانكا بسبب الضرر الذي أصاب مركز إنتاج الجمبري التابع للشركة بمناسبة المطاردة العسكرية للدولة لمواقع الإرهابيين. وقد قامت هيئة التحكيم ببحث هذا الطلب، واستعانت بما جاء في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين بريطانيا وسيرلانكا عام ١٩٨٠ م، وأيضاً بمبادئ القانون الدولي، والقانون الداخلي لسيرلانكا. وقد حكمت الهيئة بإقرار مسؤولية حكومة سيرلانكا، وأحقية شركة (AAPL) في التعويض، لكن الهيئة رفضت التعويض عن الكسب الفائت، وقد بررت ذلك بأن المنافع التي تدعي الشركة فواتها عليها محل شك، وغير يقينية التحقق^(٩٥).

هذا وقد ذهب جانب من الفقه منتقداً موقف أحكام التحكيم السابقة للقول بأنه

(٩٥) راجع: ICSID Case No ARB-87-3, (1990) Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka, Foreign Investment Law Journal (1991, no. 2) pp. 526-573.

في مقام التعويض يجب التفرقة بين الضرر الاحتمالي و فوات الفرصة، فإذا كان الأمر الأول يتسم بالاحتمالية، فإن فوات الفرصة قيمة في ذاتها، وأن حرمان المضرور من هذه القيمة يمثل ضرراً محققاً، يجب التعويض عنه مراعاة لضرورات الحياة العملية ومقتضيات العدالة^(٩٦).

وقد استشهد هذا الفقه بما جاء في حكم محكمة النقض المصرية في جلستها المنعقدة في ٢٩ / ٤ / ١٩٥٦، حيث قضت بأنه ليس هناك ما يمنع من أن يدخل ضمن عناصر التعويض ما كان للمضرور من فرص فائتة بسبب العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمرٌ محقق^(٩٧).

ويبدو لنا ضرورة تعويض المستثمر عما فاتته من خسائر على إثر اختلال توازن عقد الاستثمار، مادام قد ثبت هيئة التحكيم أن المستثمر كان سيحقق هذه الأرباح لولا ما أصابه من ضرر. ولعل مراعاة هيئة التحكيم لتعويض ما فات المستثمر من مكسب ما يجسد فكرة التوازن المنشود. فعقد الاستثمار من العقود الاقتصادية طويلة المدة، ومن ثم عندما يقدم المستثمر على إبرامه فهو يبنى توقعات بتحقيق أرباح معينة على مدار مدة تنفيذ العقد، الأمر الذي يربط تحقق التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار بتعويض المستثمر ليس فقط عما لحقه من خسارة، ولكن أيضاً عما فاتته من كسب.

ويجب على المستثمر أن يساعد هيئة التحكيم على حصوله على التعويض المناسب، وذلك من خلال إثبات أن المكاسب الفائتة كانت محققة الوقوع، وذلك بتقديم صور العقود التي ارتبط بها مشروعه في الفترات المقبلة، والأرباح المتوقعة تحقيقها خلال هذه الفترة^(٩٨).

وقد جاء تطبيقاً لذلك القضية التي عرضت على المركز الدولي لتسوية منازعات

(٩٦) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٥٦.
(٩٧) نقض مدني، طعن رقم: ٢٠٣، مجموعة أحكام محكمة النقض، لسنة ٣٠ ق، بتاريخ ٢٩ / ٤ / ١٩٦٥، السنة ١٦، ص ٥٢٧.

(٩٨) د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨٢٥.

الاستثمار (ICSID) بين جمهورية مصر العربية وشركة Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd وتتلخص وقائع هذه المنازعة في أن الشركة المذكورة تعاقدت مع الحكومة المصرية عام ١٩٧٤ على إنشاء مشروع مشترك بهدف تطوير مجمع سياحي دولي في منطقة الأهرامات، وقد اضطرت الحكومة لإلغاء المشروع لمعارضة البرلمان له، وذلك بعد أن استثمرت الشركة فيه ما يقرب من ٥ مليون دولار أمريكي. وقد طالبت بالتعويض عما لحقها من خسائر تمثلت في نفقات ومصرفات (حصص في رأس المال وقروض وتكاليف إنشاء البنية التحتية للمشروع). وعندما أرادت الشركة أن تطالب بالتعويض عما فاتها من كسب قدمت لهيئة التحكيم ما يفيد بأن أرباحاً مستقبلية كانت الشركة سوف تحققها من وراء هذا المشروع خلال ١٨ سنة الأولى من بدء المشروع مخصوماً منها ما حصلت عليه الشركة بالفعل حتى تاريخ إلغاء العقد^(٩٩).

ويقع عبء إثبات الضرر على عاتق المدعي، ففي أحد المنازعات التي عرضت على غرفة التجارة الدولية ICC عام ١٩٨١ قررت خلالها أن كل طرف من أطراف التحكيم عليه أن يثبت الوقائع التي تثبت ما يدعيه^(١٠٠). أيضاً في واقعة ماثلة أمام ذات الهيئة، قررت رفض الحكم بالتعويض للمدعي بسبب عجزه عن إظهار الضرر وإثباته^(١٠١).

وتكاد تجمع هيئات التحكيم الدولية على أن المادة (١٣١٥) من القانون المدني الفرنسي تعد أحد مبادئ قانون التجارة الدولية^(١٠٢).

(255) " The first alternative claim included the value of their investment in ETDC at the time the project was cancelled, calculated on the basis of Claimants' out-of pocket expenses plus compensation for loss of the chance or opportunity of making a commercial success of the project".

- To calculate the value of the investment at the time of taking, the Claimants relied on the DCF method to determine the present value of the future earnings expected to be generated by ETDC. In applying the DCF method, the Claimants first estimated the net revenues that would have been earned over the initial 18-year period of development, and then discounted that revenue flow to the present value (value on the date the project was cancelled) and further reduced this figure to 60% (SPP(ME)'s share). To project revenues into the future, the Claimants used the actual lot sales made during the project's lifetime.

ICSID cases (1992), case No (ARB/84/3), Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. V Arab Republic of Egypt, P 5.

ICC case No. 3344, of (1981), ICC Arbitral Awards 1981, p 978.

ICC Case No. 6309 (1991), ICC Arbitral Awards (1991-1995), p. 401.

Code civil Version 20120516 , Art. 1315

"Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend

(١٠٠) راجع:

(١٠١) راجع:

(١٠٢) راجع:

ويرى جانب من الفقه أن عدالة التعويض التي تحقق توازن عقد الاستثمار فكرة ذات طبيعة نظرية، وغير قابلة للتطبيق من الناحية العملية، وذلك للأسباب التالية^(١٠٣):

١. أن عدالة التعويض أمر يختلف من حالة لأخرى بحسب وقائع وظروف كل حالة.

٢. الدولة نادرًا ما تقوم بدفع تعويض كامل للمستثمر الأجنبي، فالعديد من حالات التأمين التي تمت، كشفت عن أن التعويض يتم بصورة جزئية، ولذلك لضخامة مبلغ التعويض المستحق، ومن ثم دفع التعويض الكامل يمكن أن يؤدي إلى إفلاس الدولة.

ويبدو لنا أن عدالة التعويض ليست فكرة نظرية، وإنما هي قابلة للتطبيق إذا ما استعانت هيئة التحكيم بالوسائل التي يمكن من خلالها جعل التعويض متناسباً مع واقع الضرر، ويأتي في مقدمة الخطوات لذلك استعانة هيئة التحكيم بكافة الوسائل اللازمة لتقدير حجم الضرر الواقع على المستثمر، وذلك من خلال الاستعانة بالفنيين والخبراء المتخصصين، وتقدير المبلغ المستحق بدقة، كما يجب على هيئة التحكيم أن تلائم مقتضيات الواقع قدر الإمكان، وذلك من خلال السماح بتقسيط التعويض إذا ما كان المبلغ المقضي به كبير القيمة، كما يمكن لها أن تستعين بنظام الغرامة التهديدية، وذلك لإجبار الدولة على دفع التعويض المستحق.

وخير دليل على ذلك ما تواترت عليه تشريعات الاستثمار العربية من النص على وجوب أن يكون التعويض عادلاً، فقد نصت المادة ٨/ ٢ من قانون الاستثمار اليمني على أنه " يجب أن تكون قيمة التعويض المستحق للمستثمر مساوية للقيمة السوقية للمشروع وأصوله في اليوم الذي يسبق إعلان نزع الملكية"^(١٠٤). أيضاً نصت المادة ٨ من قانون

libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

(١٠٣) د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة وأتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨٢٥.

(١٠٤) راجع القانون اليمني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ متاح على العنوان الإلكتروني:

الاستثمار الكويتي على أنه " يجب أن يعادل التعويض القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية، ويقدر وفقاً للوضع الاقتصادي السابق على أي تهديد بنزع الملكية"^(١٠٥). أيضاً نصت المادة ٨ / ٢ من القانون القطري على أن "يكون التعويض معادلاً للقيمة الاقتصادية للاستثمار المنزوع ملكيته وقت نزع الملكية أو الإعلان عنه، ويقدر وفقاً لوضع اقتصادي عادي وسابق على أي تهديد بنزع الملكية"^(١٠٦).

وتعبر القيمة السوقية للمشروع الاستثماري عن المبلغ الذي يمكن أن يحصل عليه المستثمر لو تم بيع مشروعه. وهذه القيمة تتأثر بمجموعة من العوامل، أهمها^(١٠٧):

١ - القدرة الإنتاجية لأصول المشروع.

٢ - القدرة التنافسية لمنتجات المشروع.

٣ - قوة أو ضعف المركز المالي للمشروع.

٤ - القدرة على تحقيق الربح في الماضي والحاضر والمستقبل.

ومما يؤخذ على تشريعات الاستثمار السابقة أنها لم تبين معياراً يمكن الاعتماد عليه في حالة تعذر تحديد القيمة السوقية للمشروع وفق العناصر السابقة. لكن استطاعت اتفاقية تشجيع الاستثمار بين الإمارات العربية المتحدة والمملكة الأردنية الهاشمية أن تتفادى ذلك، حيث جاء في نص المادة ٦ / ٢ من هذه الاتفاقية على أن "يحسب التعويض على أساس القيمة السوقية العادلة للاستثمار مباشرة قبل اللحظة التي يعلن فيها عن قرار التأميم أو نزع الملكية أو يصبح معروفاً بصورة علنية، ويحدد التعويض وفقاً لمبادئ التمين المعترف بها كالقيمة السوقية، فإذا تعذر معرفة القيمة السوقية

www.yemen-nic.info/laws/detail.php?ID=6104

(١٠٥) قانون الاستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١، متاح على العنوان الإلكتروني التالي:

http://www.arifonet.org.ma/data/dalil%20investment/countries/15_Kuwait/Law1.htm

(١٠٦) راجع القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم رأس المال غير القطري في النشاط الاقتصادي، متاح على العنوان الإلكتروني التالي: <http://www.investinqatar.com.qa/Arabic/ForeignInvestor/Pages/Investmentlaws.aspx#>

(١٠٧) د. حمدى محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨٢٧.

بسهولة، يحدد التعويض بناء على مبادئ منصفة تأخذ في الاعتبار دون حصر قيمة رأس المال المستثمر، ومدد الاستهلاك ورأس المال الذي أعيد توطينه فعلاً، وقيمة الإحلال والشهرة التجارية والعوامل الأخرى المرتبطة".

ويبدو لنا توفيق اتفاقية الاستثمار فيما ذهبت إليه من تبني معيار بديل يمكن لهيئة التحكيم أن تعتمد عليه في تحديد قيمة التعويض لتحقيق توازن عقد الاستثمار، حيث من الممكن ألا يصلح معيار القيمة السوقية كمعيار يمكن الاعتماد عليه، وذلك لأن هناك العديد من المشروعات الاستثمارية لا يكون لها في الغالب قيمة سوقية بسبب كبر حجمها داخل اقتصاد الدولة، يضاف لذلك أن إجراءات نزاع الملكية يمكن أن يكون لها تأثير على قيمة المشروع الاستثماري^(١٠٨).

النتائج:

انتهت هذه الدراسة لمجموعة من النتائج نجملها على النحو التالي:

١. يعد الاستثمار الخاص من أهم المقومات التي تعتمد عليها الدول الآخذة في النمو لتحقيق خططها في التنمية الاقتصادية، لذلك تتبارى هذه الدول في تدليل عقباته، وتسعى إلى إحاطته بالضمانات.
٢. يرتبط دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار بتفعيل ضماناته، بالنظر إلى أن عدم مراعاة هذه الضمانات قد تسببت في جعل التحكيم عبئاً على الدول المضيفة للاستثمار.
٣. كشفت الممارسات التحكيمية على مدار سنوات كثيرة أن الدول في سبيل سعيها إلى جذب الاستثمار تقدم العديد من التنازلات المخلة بسيادتها على مواردها ومرافقها الاقتصادية، الأمر الذي تسبب في كثرة الخسائر التي

(١٠٨) د. حمدى محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ٨٢٧.

تكبدتها على إثر ذلك. أيضًا كشفت عن وجود حالة من عدم النضوج لدى العديد من الدول المستضيفة للاستثمار في استيعاب التوجهات الحديثة للتحكيم في عقود الاستثمار، أيضًا قلة خبرة المفاوضين والمعنيين بالاتفاقيات الدولية والثنائية بشئون التحكيم، وفنون صياغة شروطه.

٤. يعد التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار سلاحًا ذا حدين، حيث توقف نتائجه على الطريقة التي يتم من خلالها توظيفه في عقد الاستثمار.
٥. أن الدول العربية في حاجة قوية إلى إنشاء هيئات متخصصة في التحكيم في منازعات الاستثمار، وذلك لتجنب اللجوء للهيئات الأجنبية قدر الإمكان.

التوصيات:

خلصت هذه الدراسة لمجموعة من التوصيات، أهمها:

- (١) يجب على المشرع مراعاة خصوصية التحكيم في عقود الاستثمار، من خلال فرض الضمانات الكافية التي يجب مراعاتها قبل الموافقة على اللجوء إليه.
- (٢) يجب الحرص الشديد على حسن صياغة اتفاق التحكيم، بحيث لا يكون مجرد وسيلة لفض المنازعات، ولكن كوسيلة لحفظ التوازن الاقتصادي للعقد، ومواجهة حالات اختلاله.
- (٣) يجب عند الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم مراعاة إدخال العناصر ذات الخبرة الفنية بخصوصية التعامل مع منازعات الاستثمار، بحيث تتمكن من تفادي وتجاوز كافة المعوقات التي من شأنها أن تخل بتوازنه.
- (٤) يجب على الدولة أن تتأني كثيرًا قبل إدراج شرط الثبات التشريعي أو شرط عدم المساس في عقد الاستثمار، بحيث لا يأتي ذلك إلا بعد دراسة مستفيضة تراعي احتمالات تغير الظروف التي أبرم العقد في ظلها. كما يجب عليها إذا ما قبلت إدراج مثل هذه الشروط أن تلتزم بتنفيذه بخصوص شرط التحكيم.

٥) يجب على الدولة عند صياغة شروط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار أن تظهر على النحو التالي " أي تعديل لهذا القانون أو أي قانون آخر يمس الضمانات والإعفاءات الممنوحة للمستثمر يجب أن يتم تعويضه تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب".

٦) يجب على الدولة المضيفة للاستثمار أن تحرص على إدراج شرط يسمح بتعديل العقد إذا ما حدث اختلال في التوازن الاقتصادي له على إثر تغير ظروف إبرام العقد.

٧) حث المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) على عقد جولة جديدة من أجل استحداث قواعد تحكيمية تلائم خصوصيات منازعات الاستثمار.

٨) يجب على مراكز وهيئات التحكيم أن تبدي مرونة خاصة أثناء نظر منازعات الاستثمار، بما في ذلك إمكانية الجمع بين قواعد كل من التحكيم في منازعات الاستثمار ISA وقواعد الأونسترال UR، وذلك للتوصل إلى أكثر القواعد ملاءمة وصولاً للتوازن المطلوب بين مصالح الدولة والمستثمرين.

٩) ضرورة تمسك الدولة بإحالة منازعات التحكيم الخاصة بالاستثمار لمراكز التحكيم الوطنية والعربية (كمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري، ومركز دبي للتحكيم التجاري الدولي)، حيث يمثل هذا الأمر أهمية كبرى لحماية مصالح الدول المستضيفة للاستثمار.

قائمة المراجع

أولاً/ المراجع باللغة العربية:

١. أحمد المفتي، التحكيم في اتفاقيات استثمار البترول وخلافها، مقالة متاحة على العنوان الالكتروني التالي:
2. <http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=4821>
٣. د. أحمد السعيد الزقرد، عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز، بحث مقدم لمؤتمر البترول والطاقة: هموم عالم واهتمامات أمة، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، في الفترة ما بين ٢ - ٣ أبريل ٢٠٠٨.
٤. د. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النشر القلم للنشر والتوزيع المنصورة، ٢٠٠٠.
٥. د. السيد عليوه، تحليل مخاطر الاستثمار، مركز القاهرة للاستشارات - سلسلة دليل صنع القرار رقم (٤)، ١٩٩٨.
٦. د. جلال وفاء محمددين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١، ص ٦؛ د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنشأ بصدددها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٤.
٧. د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٦.
٨. د. حمدي محمد مصطفى حسن، تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة ١٩٨١، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن عشر (الاستثمار

- بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة)، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من ٢٨-٣٠ أبريل ٢٠٠٨.
٩. د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، (بدون دار نشر)، الطبعة الأولى، ١٤١٤-١٩٩٤.
١٠. د. سراح حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٨.
١١. د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن عشر (الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة الفترة من ٢٨-٣٠ أبريل ٢٠٠٨..
١٢. د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
١٣. د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.
١٤. د. عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، (بدون دار نشر)، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.
١٥. د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
١٦. د. علي، غسان (٢٠١٠م)، "تساؤلات يثيرها شرط التحكيم المدرج في عقود الاستثمار"، مركز العدالة للتوفيق والتحكيم التجاري، مقالة متاحة على العنوان الإلكتروني التالي:

17. http://aladala.org/showstudies.php?sid=31#_ftn22

١٨. عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بحث منشور بمجلة نقابة المحامين الأردنية - العددان التاسع والعاشر، ٢٠٠٢.

١٩. د. لافي محمد داردكه، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية لدولة الإمارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨.

٢٠. د. ماجد هموي، أهمية التحكيم في عقود الاستثمار الدولية، مركز العدالة للتوفيق والتحكيم التجاري، ٢٠١٠.

٢١. د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية - القاهرة، (بدون تاريخ نشر).

٢٢. د. محمد سالمين محمد العرياني، أثر تغير الظروف على تنفيذ عقود التجارة الدولية في القانون الإماراتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ٢٠٠٦.

٢٣. د. محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من ٢٨-٣٠ إبريل ٢٠٠٨.

٢٤. د. محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٠.

٢٥. د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٢٦. د. منى حسب الرسول، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن عشر (الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٨.

٢٧. د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف - الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠.

٢٨. د. ناريان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

٢٩. د. نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، منشأة المعارف - الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠.

ثانياً/ المراجع باللغة الانجليزية:

- 1- Abby Cohen Smutny, Principles relating to compensation in the investment treaty context, IBA Annual Conference, Chicago Investment Treaty Arbitration Workshop September 19, 2006.
- 2- Archibald H. T. Chisholm, The First Kuwait Oil Concession Agreement: A Record of the Negotiations, 1911-1934, Routledge; First edition (October 30, 1975).
- 3- Christopher R. Drahozal, Regulatory competition and the location of international arbitration proceedings, International Review of Law and Economics 24 (2004).
- 4- Client Brief, International Litigation & Arbitration Practice, Eren lawyer, 2005.
- 5- Cotula, Lorenzo, (august 2007). " Foreign investment contracts', IIED's Sustainable Markets Group, briefing4.
- 6- Egidijus Baranauskas - Paulius Zapolskis, the effect of change in circumstances on the performance of contract, Jurisprudence. 2009.
- 7- Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis, the effect of change in circumstances on the performance of contract, Jurisprudence, 2009.

- 8- Emmanuel Gaillard - John Savage, Fouchard , Gaillard, Goldman on international commercial arbitration, Kluwer Law International, 1999.
- 9- Francisco Orrego Vicuña, Arbitrating Investment Disputes, available at: http://www.arbitrationicca.org/media/0/12224280177670/arbitrating_investment_disputes.pdf
- 10-Georg Schwarzenberger- Bin Cheng- Edward Duncan Brown, Contemporary problems of international law, Taylor & Francis, 1988.
- 11-Horacio A. Grigera naon, choice – of – law problems in international commercial arbitration, Tubingen; Mohr, 1992.
- 12-Ingeborg Schwenzer, force majeure and hardship in international sales contracts, Vuwlr (39), 2008.
- 13-Jean- Jacques Arnaldez& Yues Derains& Dominique Hascher, collection of ICC Arbitral awards 1996-2000, Kluwer law International, 2003.
- 14-Jean-Louis Delvolvé, Gerald Pointon, French Arbitration Law and practice, Wolters Kluwer, Second Edition, 2009.
- 15-John Y. Gotanda, Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited, Vanderbilt journal of transnational law, Vol. 36:1461,(Without the date of publication).
- 16-K. Noussia, Confidentiality in International Commercial arbitration, available at: <http://springerlink.metapress.com/content/m22368r6254h7qn4/fulltext.html>
- 17-Klaus Peter Berger, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, vanderbil journal transnational law, Vol. 36:1347, 2003.
- 18-L. Mistelis, Investment arbitration and specialist arbitration, University of London Press, 2005.
- 19-LAURA HENRY, investment agreement claims under the 2004 model U.S. BIT: a challenge for state police powers?, available at: [http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume31/issue3/Henry31U.Pa.J.Int'lL.935\(2010\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume31/issue3/Henry31U.Pa.J.Int'lL.935(2010).pdf)
- 20-Lorenzo Cotula, Investment contracts and sustainable development, the International Institute for Environment and Development (UK),2010.
- 21-Luke Nottage – Kate Miles, Back to the Future” for Investor-State Arbitrations: Revising Rules in Australia and Japan to Meet Public Interests, Journal of International Arbitration , 2009.
- 22-M.I.M. Aboul Enein, international commercial arbitration, Conference Preventing and Managing International Commercial Disputes Towards a EuroMed Alternative Dispute Resolution Infrastructure Rome – Italy, September 28th and 29th, 2007.
- 23-Marc Blessing, Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives, Swiss Commercial Law Series; Vol. 10, 1999.

- 24-Mato, Hadiza Tijjani, The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements, *Journal of Politics and Law*, Vol. 5, No. 1, 2012.
- 25-Mauro Rubino- Sammartano, International Arbitration Law and Practice, 2 edition, Kluwer Law International, 2001.
- 26-Melis, Werner, Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration, 1 J.Int'l Arb. 1984.
- 27-Morgan Mukwasa, international trade and investment law in Africa (LLM), faculty of law- pretoria university, 2009.
- 28-Munir maniruzzaman, The Concept of Good Faith in International Investment Disputes – The Arbitrator's Dilemma, kluwer Law International, 2012.
- 29-Paul E Mason and Mauricio Gomm - Santos, New Keys to Arbitration in Latin-America, Journal of International Arbitration, 2008.
- 30-Samuel K. B. Asante, Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, No. 3, Jul, 1979.
- 31-Todd Weiler, International investment law and arbitration, Cameron May, 2005.
- 32-Van Houtte – Hans, Changed circumstances and pacta sunt, ICC publ. Nr.480,4, 1993, available at: www.trans-lex.org/117300
- 33-Wolfgang Peter-Jean Quentin de Kuyper - Bénédicte de Candolle, Arbitration and renegotiation of international investment agreements, Kluwer Law International, 1995.
- 34-Zeyad A. Al Qurashi, Renegotiation of international petroleum Agreements, Journal of international arbitration, 22(4); 261- 300, 2005.

ثالثاً/ التقارير:

- 1- Investor –state disputes arising from investment treaties: A review, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development United nations, 2005.
- 2- State contracts, united nations conference on trade and development, unctad Series on issues in international investment agreements, 2004
- 3- International Centre for Settlement of Investment Disputes, available at: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Rules_Home

ثالثاً/ أحكام التحكيم:

- 1- Ad hoc Arbitral Tribunal, The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company, 24 March 1982.
- 2- Ad hoc Arbitral Tribunal, The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company, 24 March 1982 – arbitral award.

[د.علاء التميمي عبده]

- 3- Ad hoc Arbitral Tribunal, The Government of the State of Kuwait v The American Independent Oil Company, 24 March 1982 – arbitral award.
- 4- an Arbitration Between Kuwait and the American Independent Oil Company(Amin oil), Mar. 24, 1982.
- 5- Gosset c. Carapelli, Rev. Arb, 1963.
- 6- I.C.C. award No. 2478 (1974) J.D.I, 1975.
- 7- ICC case No. 3344, of (1981), ICC Arbitral Awards 1981, p 978; ICC Case No. 6309 (1991), ICC Arbitral Awards (1991-1995).
- 8- ICC case No. 3344, of (1981), ICC Arbitral Awards 1981.
- 9- ICC Case 3986 Framatome v Atomic Energy Organization of Iran, 30 April 1982, as published in Journal de Droit International (1984).
- 10- ICC Case No 4381, Journal du Droit International 1986.
- 11- ICC Case No. 6309 (1991), ICC Arbitral Awards (1991-1995).
- 12- ICC, Award, No 1507, (1970), German Company v south Eastern Asian state, 101, J.D.I.
- 13- ICC, case No 1526, 1968, Belgian party v African state, 101, clunet 915, 1974.
- 14- ICC, Case, No 4504, ICC arbitral awards, 1986.
- 15- ICSID Case No ARB-87-3, (1990) Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka, Foreign Investment Law Journal (1991, no. 2).
- 16- ICSID Case No ARB-87-3, (1990) Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka, Foreign Investment Law Journal (1991, no. 2).
- 17- ICSID cases (1992), case No (ARB/84/3), Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. V Arab Republic of Egypt.
- 18- Impex v. PAZ, Rev. Arb, 1968.
- 19- Noble Ventures v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, para. 53 (Oct. 12, 2005).
- 20- Polish foreign trade enterprise v. French company, Case no. 127/85, 28 August 1986, Yearbook XIV (1989).
- 21- Saudi Arabia v Arabian American Oil Company, Award of 23 August 1958 (1963) 27 ILR 117.
- 22- Texaco-Calasiatic c. Libye, 1977, Journal du droit international, 1977.

رابعاً/الاتفاقيات الدولية:

1. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, vol. 484 available at: <http://www.uncitral.org/uncitral/ar/index.html>
2. General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, "Permanent sovereignty over natural resources", available at: <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/resources.pdf>

3. ICSID convention, regulations and rules

الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://bit.escwa.org.lb/Uploaded-Files/Workshops/Multilateral-Agreements-and-Instruments/Unified-Agreement-for-the-Investments-of-Arab-Capi.aspx>

خامساً/ أحكام القضاء:

١- قضاء مدني، طعن رقم: ٣٨، لسنة (٣) قضائية، جلسة ٢٣ / ١١ / ١٩٣٣، مجموعة

القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في المواد المدنية عن المدة من ١٢ نوفمبر ١٩٣١ حتى ٢٩ أكتوبر ١٩٣٦، الجزء الأول، ص ٢٦٢.

٢- نقض مدني، طعن رقم: ٣٦٨، لسنة ٢٩ قضائية، جلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٦٤، مجموعة

الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية، السنة الخامسة عشرة، العدد الأول، ١٩٦٤، ص ٤٠٩.

٣- نقض مدني، طعن رقم ٣٧١، لسنة ٣١ قضائية، الدائرة المدنية لمحكمة النقض،

جلسة ٢٦ / ٥ / ١٩٦٤، مجموعة الاحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية، السنة ١٦ ق، العدد الأول، ١٩٦٥، ص ٦٢٤.

٤- نقض مدني، طعن رقم: ٢٠٣، مجموعة أحكام محكمة النقض، لسنة ٣٠ ق،

بتاريخ ٢٩ / ٤ / ١٩٦٥، السنة ١٦، ص ٥٢٧.

سادساً/ أحكام القضاء أجنبي:

1- Cass. Civ. 06 janvier 1987, Clunet 1987, p. 638.

2- Cour de cassation, Chambre civile 1, 03 mars 1992, 90-17024.

3- Harbour Assurance Co (UK) Ltd -v- Kansa General International Insurance Co Ltd, 1993.

4- Serbian Loans Case, 1929 P.C.I.J. (ser. A) At 31 (July 12).

5- U.S. Supreme Court, Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967).